Vorleſungen

über das

gemeine Civilrecht

von

Joh. Friedr. Ludw. Göſchen.

Aus deſſen hinterlaſſenen Papieren herausgegeben

von

Dr. Albrecht Erxleben,

Privatdocenten der Rechte und außerordentlichem Beiſitzer des Spruchcollegiums zu Göttingen.

Dritter Band.

Zweite Abtheilung. Erbrecht.

Göttingen

bei Vandenhoeck und Ruprecht.

1840.

Digitized by Google

Vorwort des Herausgebers.

Was Form und Inhalt der hier erſcheinenden Vorleſungen über das **Erbrecht** betrifft, ſo iſt darüber an dieſer Stelle um ſo weniger zu bemerken, als dasjenige, was in jener Hinſicht über das Ganze, insbeſondere über die erſten Theile deſſelben, in der Vorrede zum erſten Bande ausführlich beſprochen iſt, hier durchweg zutrifft. Denn wenngleich das Erbrecht den Gegenſtand einer beſonderen Vorleſung bildete, ſo betrachtete **Göſchen** dieſe dennoch als einen integrirenden Theil ſeiner **Pandekten-Vorleſungen**; und in Plan und Ausführung unterſchied ſich dieſelbe daher in nichts von den Vorleſungen über die übrigen Theile des gemeinen Civilrechts, wie auch bereits in der Vorrede zum erſten Bande erwähnt worden iſt. (Bd. I. S. VII.)

Nur die abweichende Form des Grundriſſes, deſſen ſich **Göſchen** zu dieſer Vorleſung bediente, machte dem Herausgeber ein etwas verändertes Verfahren nothwendig. Jene Abweichung zeigte ſich nämlich einmal in der Art und Weiſe, wie das Verhältniß der größeren Abtheilungen in ihrer Ueber- und Unterordnung beſtimmt worden war. Hier wurde es dem Herausgeber nicht ſchwer, durch eine leichte Aenderung in den Rubriken formelle Gleichheit mit

den übrigen Theilen dieſer Vorleſungen herzuſtellen. Sodann beruhete jene Abweichung aber auch weſentlich auf einer Verſchiedenheit des Inhalts dieſes Grundriſſes von dem Inhalte desjenigen Grundriſſes, deſſen Göſchen ſich zu dem vorzugsweiſe Pandekten-Vorleſungen genannten Theile ſeiner Vorleſungen über das gemeine Civilrecht bediente. Worin dieſe Verſchiedenheit beſteht, iſt in der Vorrede zum erſten Bande bereits bemerkt worden. (Bd. I. S. VI folg.) Für den Herausgeber wurde die Arbeit dadurch mühſamer, daß er hier den Inhalt der Noten nicht wie bei den früheren Theilen bereits im Weſentlichen von dem Texte geſondert vorfand, ſondern dieſe Ausſonderung erſt ſelbſt vollſtändig vornehmen mußte.

Noch wurde eine beſondere Thätigkeit des Herausgebers dadurch veranlaßt, daß er die Verweiſungen auf die anderen Theile dieſer Vorleſungen, ſo weit ſolche zur Erläuterung einzelner Sätze oder zur Aufweiſung des inneren Zuſammenhangs nothwendig erſchienen, an den betreffenden Orten ſelbſt einſchalten mußte: weil Göſchen, ſo reich an ſolchen Verweiſungen auf verwandte Lehren auch ſeine Vorleſungen ſind, bei der formellen Trennung des Erbrechts von den übrigen Theilen des gemeinen Civilrechts, in jenem ſich keine Berufung auf dieſe erlaubte.

Die Veränderungen, welche der Stoff ſelbſt aus dieſen Gründen durch die Hand des Herausgebers erfahren hat, betreffen daher nur die Form. In Beziehung auf dieſe ſollte Gleichheit dieſes Theiles mit den übrigen hervorgebracht werden. Iſt dies dem Herausgeber gelungen, ſo wird der Inhalt ſelbſt um ſo vollſtändiger den Beweis liefern, daß keine Verſchiedenheit in Plan und Ausführung zwiſchen dieſem Theile und den früher erſchienenen obwaltet.

Mit dem Erbrecht ſind nunmehr die Vorleſungen Göſchen's über das gemeine Civilrecht beendigt. Erſt jetzt wird die Kritik ihr Urtheil über das geſammte Werk abſchließen können. Denn jetzt erſt liegt der Stoff vollſtändig vor, durch deſſen Betrachtung im Ganzen und Einzelnen der Maßſtab einer gerechten Beurtheilung gewonnen werden kann. Wer unbefangen ſtrebt, dieſen Maßſtab zu gewinnen, wird aber zwei Punkte vorzugsweiſe ins Auge faſſen: einmal die Individualität des Verfaſſers, wie ſich dieſelbe in ſeinem Werke ſpiegelt — ſodann den beſonderen Zweck, welchen derſelbe durch ſein Werk erreichen wollte.

Was nun jenen erſten Punkt betrifft, ſo iſt im Voraus anzuerkennen, daß Göſchen, wie eminent auch ſein kritiſcher Scharfſinn durch die Herausgabe des Gajus ſich bewährt hat, dennoch nicht jene ſchöpferiſche Kraft beſaß, welche unmittelbar durch ihre Aeußerung neue Gebiete des Lebens und des Wiſſens aufſchließt und geſetzgeberiſch die Geſtaltung unſeres Gedankenkreiſes beherrſcht. Neue Bahnen der Wiſſenſchaft zu eröffnen, lag daher auch überall nicht in ſeinen Beſtrebungen. Treue Auffaſſung des Vorhandenen und möglichſt vollſtändige Durchdringung des gegebenen Stoffes war das Ziel, nach welchem er rang. Indem er ſich hiebei ſtets an den unmittelbar vorliegenden Inhalt anſchloß und nur ſchrittweiſe das Gebiet ſeiner Erfahrungen über denſelben erweiterte, gelang es ihm freilich nicht, ſich auf den höheren Standpunkt philoſophiſcher Betrachtungsweiſe zu erheben und die freiere Bewegung ſich anzueignen, welche dadurch gewonnen wird: aber es gelang ihm deſſenungeachtet durch nie ablaſſende Beharrlichkeit in der Verfolgung des von ihm betretenen Weges ſich vollſtändig der inneren Beziehungen bewußt zu werden, auf wel-

chen der Zuſammenhang des Syſtems der Wiſſenſchaft beruht. Und es iſt eben ſo ſehr ein Zeichen ſeiner wahrhaften Tüchtigkeit, als auf der andern Seite dieſe ſelbſt dadurch geſteigert wurde, daß er nie von dieſem Wege abwich, der allein ſeiner innerſten Eigenthümlichkeit entſprach. Dieſe Eigenthümlichkeit Göſchen's zeigt ſich denn auch durch das ganze Werk hindurch; ſie beherrſcht die Form der Darſtellung durchaus; ſie iſt der Grund zugleich der Breite und der Klarheit, welche derſelben eigen iſt; ſie gibt dem Inhalte die Sicherheit, mit welcher das Einzelne hingeſtellt, und doch zugleich ſtets ſein Zuſammenhang mit dem Ganzen gewahrt iſt, eben jene innerliche Conſequenz, welche vielleicht nicht als der geringſte Vorzug des Werkes angeſprochen werden darf. Denjenigen, deſſen wiſſenſchaftliche Neigung ihn treibt, von der Betrachtung des Allgemeinen aus zu dem Beſonderen herniederzuſteigen, wird eben deshalb die Darſtellung weniger anſprechen: aber Jedem, der ſich auf der Bahn des wiſſenſchaftlichen Betriebes noch nicht ſo weit erhoben hat, daß er auf den Höhen des Allgemeinen ſich mit Sicherheit ergehen kann, wird Göſchen eben wegen jener ſeiner Eigenthümlichkeit ein zuverläſſiger Führer ſein. Für die näheren Freunde Göſchen's gewinnt aber hiedurch das vorliegende Buch noch das beſondere Intereſſe, daß ihnen aus demſelben das Bild ſeiner Perſönlichkeit in wahrhaft überraſchender Anſchaulichkeit entgegentritt. —

Der Zweck dieſes Werkes iſt ſchon durch ſeinen Namen und ſeine Entſtehung bezeichnet: es iſt nicht für den Gebrauch des Gelehrten beſtimmt, ſondern für das Bedürfniß des Lernenden berechnet: dieſer ſelbſt iſt aber als ein ſolcher gedacht, der das gewonnene Wiſſen praktiſch durch Anwendung im Leben nutzen will. Hier iſt es nun aber keines-

wegs auf eine bloße Zuſammenſtellung von Reſultaten abge- ſehen, ſondern die vorgetragenen Sätze ſollen überall durch Darlegung der Gründe, auf welchen ſie ruhen, gerechtfertigt werden. S. §. 2.

Dieſer Zweck, welchen ſich Göſchen geſetzt hatte, führte nun aber bei dem zeitlich begrenzten Umfange, den Vorleſungen für ſich in Anſpruch zu nehmen haben, zu mehrfachen Beſchränkungen des Inhalts der Darſtellung: Zuerſt konnte materielle Vollſtändigkeit überall nicht ange- ſtrebt werden, um ſo weniger, als hier nicht bloß Reſultate mitgetheilt werden ſollten, ſondern auch gezeigt werden mußte, wie dieſelben gewonnen worden. Es war demnach eine Auswahl des Stoffes zu treffen, bei welcher die grö- ßere oder geringere Wichtigkeit der einzelnen Lehren über ihre Aufnahme entſchied. Aber auch hinſichtlich des wirklich Auf- genommenen mußte eben jener Geſichtspunkt das Maß der Ausführlichkeit beſtimmen, in welcher daſſelbe abgehandelt wurde. Durchgängige Gleichmäßigkeit in dieſer Beziehung war daher überall nicht beabſichtigt. Controverſen konnten deshalb in der Regel auch nur da erörtert werden, wo wirklich die Principien in Frage ſtehen, nach welchen ſich die Geſtaltung des behandelten Inſtituts beſtimmt. Und aus allen dieſen Gründen konnte eine Berückſichtigung aller der einzelnen Lehrmeinungen, welche die juriſtiſche Literatur täglich neu erzeugt, nicht im Plane der Darſtellung liegen. Sollte Jemand hierin einen Mangel des vorliegenden Werks erblicken wollen, vielleicht gar zu dem Urtheile ſich fortrei- ßen laſſen, daß das Werk dem neueſten wiſſenſchaftlichen Standpunkte eben deshalb nicht entſpreche, ſo möge er außer jenen allgemeineren Bedingungen, die im Zwecke des Ganzen enthalten ſind, einfach bedenken, daß dem Lernenden

erſt eine feſte Grundlage gewährt werden ſoll, ehe er in den Streit der Meinungen hineingezogen werden darf. Dem praktiſchen Juriſten iſt aber mit neuen Meinungen, bloß weil ſie neu ſind, eben ſo wenig gedient: für ihn ſind ſie erſt dann von Bedeutung, wenn ihre Auctorität in der Wiſſenſchaft ſelbſt ſich feſtgeſtellt hat; ſo lange ſie dagegen noch ſchwanken und Gegenſtand des theoretiſchen Streits ſind, haben ſie für die Praxis nur einen ſehr zweifelhaften Werth.

Wer von dieſen Geſichtspunkten ausgehend eine wahrhaft objective Beurtheilung des vorliegenden Werkes zu geben unternimmt, wird bei allen Ausſtellungen, die er im Einzelnen etwa zu machen findet, nicht verkennen können, daß daſſelbe neben anderen Werken, die zur Einführung in die Kenntniß der Rechtswiſſenſchaft beſtimmt ſind, immerhin eine Stelle für ſich in Anſpruch zu nehmen berechtigt iſt. Inwiefern aber durch das Erſcheinen deſſelben einem wirklichen Bedürfniſſe unſerer juriſtiſchen Literatur entſprochen iſt, darüber wird der Erfolg des Buches die Entſcheidung ergeben. Hätte Göſchen ſelbſt dieſe Frucht ſeiner langjährigen treuen Studien veröffentlichen können, er würde Vollkommneres geliefert haben. Aber auch in der unvollkommeneren Geſtalt, in der dieſes Werk jetzt ſich zeigen muß, darf es wohl auf einen freundlichen Empfang rechnen. In dieſer Hoffnung hat der Herausgeber ſein mühevolles Geſchäft begonnen, und dieſe Zuverſicht verläßt ihn auch jetzt nicht, wo ſeine Arbeit vollendet iſt.

Göttingen, d. 9. April 1840.

A. Erxleben.

Ueberſicht des Inhalts.

Fünftes Buch. Erbrecht.

Vorbemerkung. (§. 777.) S. 3

Erſtes Kapitel. Vorläufige Erörterungen.

I. Von den Gegenſtänden des Erbrechtes.
A. Von der Erbfolge.
A. Von der Hereditas.
a. Ueber den Begriff derſelben. (§. 778.) — 6
b. Ueber die Deſignation des Erben. (§. 779.) — 9
c. Ueber den Unterſchied zwiſchen Anfall und Erwerb der Erbſchaft. (§. 780.) — 13
B. Von der Bonorum possessio. (§. 781.) — 17
C. Von der Bonorum addictio libertatum conservandarum causa. (§. 782.) — 18
B. Von den mit der Erbfolge in Verbindung ſtehenden Gegenſtänden. (§. 783.) — 19
II. Von letztwilligen Erklärungen.
A. Von dem Unterſchiede zwiſchen Teſtamenten und Codicillen. (§. 784.) — 24
B. Von den Subjecten letztwilliger Erklärungen.
A. An und für ſich. (§. 785.) — 25
B. In Hinſicht der erforderlichen Fähigkeit.
a. Einleitung.
α. Von der Testamenti factio.
a. Begriff. (§. 786.) — 26
b. Bedingungen. (§. 787.) — 27
β. Von der Capacitas. (§. 788.) — 33

b. Von der Fähigkeit zur Errichtung eines letzten Willens.
α. Im Allgemeinen. (§. 789.) S. 34
β. Insbeſondere:
a. Von den zur Errichtung eines letzten Willens erforderlichen natürlichen Eigenſchaften. (§. 790.) — 36
b. Von dem Erforderniſſe eines eignen, zu freier Verfügung ſtehenden Activ-Vermögens. (§. 791.) — 38
c. Von der Fähigkeit, in einem letzten Willen bedacht zu werden.
a. Allgemeine Erforderniſſe. (§. 792.) — 40
b. Relative Unfähigkeit. (§. 793.) — 43
C. Von der Willensbeſtimmung und von der Willensäußerung bei letztwilligen Erklärungen.
A. Von der Willensbeſtimmung.
a. In Anſehung der Motive.
α. Ueber erzwungene letztwillige Erklärungen. (§. 794.) — 45
β. Ueber letztwillige Dispoſitionen, deren Motive auf irrigen Vorausſetzungen beruhen. (§. 795.) — 46
γ. Ueber letztwillige Verfügungen aus Motiven, welche mit dem Weſen derſelben im Widerſpruche ſtehen.
a. Von der Ungültigkeit captatoriſcher Dispoſitionen. (§. 796.) — 49
b. Ueber Poenae nomine relicta. (§. 797.) — 51
b. In Anſehung des Inhaltes des Gewollten.
α. Von der Ungültigkeit perplexer Dispoſitionen. (§. 798) — 55
β. Ueber die Frage, inwieweit der Inhalt eines letzten Willens in die Willkür eines Andern geſtellt werden dürfe. (§. 799.) — 56
γ. Ueber Verfügungen in Betreff einer Incerta persona. (§. 800.) — 59
B. Von der Willensäußerung.
a. Ueber die Art und Weiſe derſelben.
α. Allgemeine Grundſätze. (§. 801) — 62
β. Beſondere Beſtimmungen des Senatusconsultum Libonianum. (§. 802.) — 65

b. Ueber den möglichen Widerſtreit zwiſchen einer letztwilligen Erklärung und der ihr zum Grunde liegenden Abſicht. (§. 803.) S. 70

D. Von gewiſſen Modalitäten des Inhaltes letztwilliger Erklärungen.

A. Von der Verbindung mehrer honorirter Perſonen. (§. 804.) — 74

B. Von Zeitbeſtimmungen und Bedingungen.

a. Vorerinnerung. (§. 805.) — 76

b. Allgemeine Grundſätze über die Zuläſſigkeit und die Wirkungen.

aa. Von Suspenſivbedingungen und Anfangsterminen. (§. 806.) — 77

bb. Von Reſolutivbedingungen und Endterminen. (§. 807) — 81

c. Ueber Suspenſivbedingungen insbeſondere.

aa. Von den Vorausſetzungen, unter welchen letztwillige Dispoſitionen als bedingt behandelt werden.

α. Im Allgemeinen. (§. 808.) — 83

β. Einzelne Erörterungen.

αα. Ueber Bedingungen, welche ſich auf etwas Gegenwärtiges oder Vergangenes beziehen. (§. 809.) — 84

ββ. Ueber Bedingungen, welche ſich von ſelbſt verſtehen. (§. 810.) — 85

γγ. Ueber unmögliche Bedingungen.

a. Von factiſch unmöglichen Bedingungen. (§. 811.) — 89

b. Von moraliſch unmöglichen Bedingungen.

aa. Allgemeine Grundſätze darüber. (§. 812.) — 91

bb. Einzelne hier beſonders in Betracht kommende Bedingungen.

1. Ueber die Bedingung der Eheloſigkeit. (§. 813.) — 91

2. Ueber die Bedingung eines eidlichen Angelöbniſſes. (§. 814.) — 93

3. Ueber die Bedingung, die Religion zu verändern; desgleichen über die Bedingung, die Religion nicht zu verändern. (§. 815.) — 94

δδ. Von Bedingungen, welche eine ungehörige Zumuthung an den durch das bedingte Recht zu Beſchränkenden enthalten. (§. 816.) S. 96
bb. Von der Erfüllung einer vorgeſchriebenen Bedingung.
α. Von der wirklichen Erfüllung.
αα. Ueber den Zeitpunkt der Erfüllung. (§. 817.) — 97
ββ. Ueber die Erfüllung ſelbſt. (§. 818.) — 101
β. Von den Vorausſetzungen, unter welchen eine nicht erfüllte Bedingung gleich einer erfüllten behandelt wird. (§. 819.) — 104
cc. Von den Mitteln, durch welche der Honorirte noch vor erfüllter Bedingung zu dem interimiſtiſchen Genuſſe des ihm verliehenen Rechtes gelangen kann. (§. 820.) — 108
C. Von Zweckbeſtimmungen. (§. 821.) — 112
E. Von der Vollziehung eines letzten Willens.
A. Ueber die Mittel, ſich von dem Inhalte eines vorhandenen letzten Willens Kenntniß zu verſchaffen; insbeſondere von der Eröffnung einer ſchriftlich abgefaßten letzten Willenserklärung, und dem Rechte auf Edition derſelben. (§. 822.) — 114
B. Ueber den Beweis letztwilliger Anordnungen. (§. 823.) — 118
C. Von der Interpretation eines letzten Willens.
a. Allgemeine Grundſätze. (§. 824.) — 121
b. Specielle Vorſchriften.
α. In Beziehung auf das gegenſeitige Verhältniß verſchiedener letztwilliger Dispoſitionen. (§. 825.) — 123
β. In anderer Beziehung. (§. 826.) — 125
D. Von Teſtaments-Executoren. (§. 827.) — 129

Zweites Kapitel. Von der teſtamentariſchen Erbfolge.

I. Von der äußeren Form der Teſtamente.
A. Geſchichtliche Einleitung. (§. 828.) — 131
B. Dogmatiſche Darſtellung.
A. Von öffentlichen Teſtamenten. (§. 829.) — 137
B. Von Privat-Teſtamenten.
a. Allgemeine Erforderniſſe.
α. Von der Zuziehung der Zeugen. (§. 830.) — 141

β. Von der Einheit der Handlung. (§. 831.) S. 146
b. Beſondere Erforderniſſe.
α. Bei ſchriftlichen Teſtamenten. (§. 832.) — 147
β. Bei mündlichen Teſtamenten. (§. 833.) — 150
II. Von der Erbeseinſetzung im Allgemeinen.
A. Von der Anzahl der einzuſetzenden Erben. (§. 834.) — 151
B. Von dem Gegenſtande der Erbeseinſetzung.
A. In qualitativer Beziehung. (§. 835.) — 152
B. In quantitativer Beziehung.
a. Allgemeine Grundſätze.
α. In Betreff der Bezeichnung. (§. 836.) — 154
β. In Betreff des Erfolges. (§. 837.) — 156
b. Einzelne Bemerkungen. (§. 838.) — 161
III. Von den Subſtitutionen.
A. Einleitung. (§. 839.) — 164
B. Von der Vulgar-Subſtitution.
a. Allgemeiner Begriff derſelben. (§. 840.) — 165
b. Nähere Entwickelung der in dem Begriffe der Vulgar-Subſtitution enthaltenen Vorausſetzungen. (§. 841.) — 167
c. Ueber die Wirkungen der Vulgar-Subſtitution. (§. 842.) — 169
d. Einzelne Bemerkungen. (§. 843.) — 170
C. Von der Pupillar-Subſtitution.
A. Im Allgemeinen. (§. 844.) — 174
B. Insbeſondere:
a. Ueber die Vorausſetzungen bei der Pupillar-Subſtitution.
α. Von der Errichtung eines Pupillar-Teſtamentes. (§. 845.) — 176
β. Von den außer den Grenzen der erſten Anordnung liegenden Vorausſetzungen. (§. 846.) — 182
b. Ueber die Wirkungen der Pupillar-Subſtitution. (§. 847.) — 184
D. Von dem gegenſeitigen Verhältniſſe zwiſchen Vulgar- und Pupillar-Subſtitution. (§. 848.) — 187
E. Von der Quaſi-Pupillar-Subſtitution. (§. 849.) — 191
IV. Von der Erbeseinſetzung ihrer Nothwendigkeit nach.
A. Einleitung. (§. 850.) — 194
B. Recht vor der Novelle 115.
A. Grundſätze des früheren Civilrechtes.
a. Von den Notherben im Allgemeinen. (§. 851.) — 195
b. Insbeſondere:
α. Von Notherben, welche vorhanden ſind ſchon zur Zeit des errichteten Teſtamentes.

a. Von der Inſtitution derſelben. (§. 852.) S. 200
b. Von der Exheredation derſelben. (§. 853.) — 202
c. Von den rechtlichen Folgen der Präterition. (§. 854.) — 204
β. Von Notherben, welche ſich anfinden erſt nach errichtetem Teſtamente.
a. Vorerinnerung. (§. 855.) — 205
b. Von der Inſtitution ſolcher Notherben. (§. 856.) — 207
c. Von der Exheredation derſelben. (§. 857.) — 212
B. Grundſätze des prätoriſchen Rechtes.
a. In Anſehung der zu berückſichtigenden Perſonen. (§. 858.) — 215
b. In Anſehung der Form, ſowohl der Inſtitution, als der Exheredation. (§. 859.) — 216
c. In Anſehung der rechtlichen Folgen der Präterition. (§. 860.) — 217
C. Recht ſeit der Novelle 115.
A. Nach der richtig ſcheinenden Anſicht.
a. In Beziehung auf Deſcendenten.
α. Allgemeine Grundſätze. (§. 861.) — 218
β. Einzelne Erörterungen.
a. Ueber die in der Novelle anerkannten Gründe der Ausſchließung. (§. 862.) — 221
b. Ueber einige andere Punkte. (§. 863.) — 224
b. In Beziehung auf Aſcendenten. (§. 864.) — 229
B. Nach abweichenden Anſichten. (§. 865.) — 230
D. Von der Enterbung aus guter Abſicht. (§. 866.) — 233
V. Von den Gründen der Ungültigkeit eines Teſtamentes.
A. Einleitung. (§. 867.) — 236
B. Von der anfänglichen Ungültigkeit eines Teſtamentes. (§. 868.) — 237
C. Von der Aufhebung eines Teſtamentes durch ſpäter eintretende Ereigniſſe.
A. Durch Willensänderung.
a. Vermittelſt der Errichtung eines neuen Teſtamentes. (§. 869.) — 238
b. Ohne ein neues Teſtament. (§. 870.) — 240
B. Durch Capitis deminutio des Teſtators. (§. 871.) — 243
C. Durch Wegfallen der eingeſetzten Erben. (§. 872.) — 246
D. Durch richterlichen Ausſpruch wegen Inofficioſität.
a. Einleitung. (§. 873.) — 248
b. Recht vor der Novelle 115.

α. Verhältniß der Lehre vom Pflichttheil zu der Lehre von der Nothwendigkeit der Institution oder Exheredation. (§. 874.) S. 249
β. Lehre vom Pflichttheil ſelbſt.
αα. Von dem Rechte auf einen Pflichttheil.
a. Von den Perſonen, welche auf einen Pflichttheil Anſpruch machen können. (§. 875.) — 251
b. Von der Größe des Pflichttheils. (§. 876.) — 252
c. Von der Art und Weiſe, wie der Pflichttheil hinterlaſſen werden muß. (§. 877.) — 255
d. Von den Vorausſetzungen, unter welchen das Recht auf einen Pflichttheil wegfällt. (§. 878.) — 257
ββ. Von den Rechtsmitteln in Anſehung des Pflichttheils.
a. Im Allgemeinen. (§. 879.) — 258
b. Insbeſondere:
aa. Von der Inofficiosi querela.
1. Allgemeine Natur derſelben. (§. 880.) — 259
2. Ueber die Perſon des Klägers. (§. 881.) — 260
3. Ueber die Perſon des Beklagten. (§. 882.) — 264
4. Ueber die Wirkungen der Klage. (§. 883.) — 265
5. Ueber die Dauer der Klage. (§. 884.) — 268
6. Ueber die Folgen des verlornen Proceſſes. (§. 885.) — 269
bb. Von der Klage auf Ergänzung des Pflichttheils. (§. 886.) — 270
c. Recht ſeit der Novelle 115.
α. In Beziehung auf Deſcendenten und Aſcendenten.
αα. Verhältniß der Lehre vom Pflichttheil zu der Lehre von der Nothwendigkeit der Inſtitution oder der förmlichen Ausſchließung von der Erbſchaft. (§. 887.) — 271
ββ. Lehre vom Pflichttheil ſelbſt.
a. Von dem Rechte auf einen Pflichttheil. (§. 888.) — 272

b. Von den Rechtsmitteln in Anſehung des Pflichttheils.
aa. Von der Inofficiosi querela.
1. Nach der richtig ſcheinenden Anſicht. (§. 889.) S. 273
2. Nach abweichenden Anſichten. (§. 890.) — 274
bb. Von der Klage auf Ergänzung des Pflichttheils. (§. 891.) — 276
β. In Beziehung auf Geſchwiſter. (§. 892.) — 278
VI. Ausnahmen von dem gemeinen Rechte der Teſtamente.
A. Einleitung. (§. 893.) — 279
B. Von den Teſtamenten der Blinden. (§. 894.) — 281
C. Von dem Privilegium der Soldaten.
A. Im Allgemeinen. (§. 895.) — 282
B. Insbeſondere:
a. In Anſehung der Errichtung eines Teſtamentes.
α. Von den privilegirten Perſonen. (§. 896.) — 284
β. Ueber die durch das Privilegium geſtatteten Ausnahmen von den gemeinrechtlichen Vorſchriften.
a. In Betreff der Fähigkeit zur Errichtung eines Teſtamentes und der dabei zu beobachtenden äußern Form. (§. 897.) — 285
b. In Beziehung auf den Inhalt des Teſtamentes. (§. 898.) — 287
γ. Von den Vorausſetzungen, welche bei dem Tode des Teſtators vorhanden ſein müſſen, wenn ein militari jure errichtetes Teſtament ſich wirkſam erweiſen ſoll. (§. 899.) — 291
b. In Anſehung der Aufhebung eines Teſtamentes. (§. 900.) — 292
D. Von den zur Zeit einer anſteckenden Krankheit errichteten Teſtamenten. (§. 901.) — 296
E. Von Teſtamenten der Aeltern unter ihren Kindern. (§. 902.) — 296
F. Von Teſtamenten der Landleute. (§. 903.) — 301
G. Von Teſtamenten zu frommen Zwecken. (§. 904.) — 302
H. Von gemeinſchaftlichen Teſtamenten. (905.) — 303

Drittes Kapitel. Von der Inteſtaterbfolge.

I. Allgemeine Grundſätze über die Inteſtaterbfolge.
A. Von den Vorausſetzungen, durch welche die Möglichkeit der Inteſtaterbfolge bedingt wird.
A. Fähigkeit des Verſtorbenen, ab intestato beerbt zu werden. (§. 906.) — S. 305
B. Mangel eines teſtamentariſchen Erben. (§. 907.) — 307
C. Vorhandenſein einer fähigen, durch das Geſetz unmittelbar zur Erbfolge berufenen Perſon. (§. 908.) — 308
B. Von den verſchiedenen Arten der Vertheilung der Erbſchaft unter Mehre, welche gleichzeitig zur Inteſtaterbfolge gelangen. (§. 909.) — 313
II. Geſchichte der Inteſtaterbfolge.
Vorbemerkung. — 319
A. Inteſtaterbfolge in den Nachlaß eines homo sui juris.
A. Grundſätze des älteren Civilrechts. (§. 910.) — 320
B. Grundſätze des prätoriſchen Rechts. (§. 911.) — 323
C. Grundſätze des neueren Civilrechts.
a. SCtum Tertullianum und SCtum Orphitianum. (§. 912.) — 324
b. Conſtitutionen der chriſtlichen Imperatoren. (§. 913.) — 326
B. Inteſtaterbfolge in den Nachlaß eines Solchen, welcher unter väterlicher Gewalt ſteht. (§. 914.) — 329
III. Von der Inteſtaterbfolge auf den Grund der Novellen 118 u. 127.
A. Einleitung.
A. Princip des neuen Syſtemes. (§. 915.) — 331
B. Aeußeres Verhältniß der Novelle 118. zu den früheren Beſtimmungen über die Inteſtaterbfolge. (§. 916.) — 332
C. Ueberſicht über die Ordnungen des neuen Syſtems. (§. 917.) — 334
B. Von den verſchiedenen Ordnungen der Inteſtaterben im Einzelnen.
A. Erſte Ordnung.
a. Wer ſuccedirt?
α. Von den in dieſe Ordnung gehörigen Perſonen an und für ſich. (§. 918.) — 337
β. Von dem Verhältniſſe derſelben unter einander. (§. 919.) — 340
b. Wie wird unter mehre gleichzeitig Succedirende die Erbſchaft vertheilt? (§. 920.) — 341

c. Ueber den, den Aeltern in der Novelle 118. vorbehaltenen Nieſsbrauch. (§. 921.) S. 342
B. Zweite Ordnung.
a. Wer ſuccedirt?
α. Von den in dieſe Ordnung gehörigen Perſonen an und für ſich. (§. 922.) — 346
β. Von dem Verhältniſſe derſelben unter einander. (§. 923.) — 351
b. Wie wird die Erbſchaft vertheilt? (§. 924.) — 353
c. Ueber die Frage, ob es auch in dieſer Ordnung einen vorbehaltenen Nieſsbrauch gebe. (§. 925.) — 357
C. Dritte Ordnung.
a. Wer ſuccedirt? (§. 926.) — 358
b. Wie wird die Erbſchaft vertheilt? (§. 927.) — 359
D. Vierte Ordnung. (§. 928.) — 361
C. Von der Succeſſion der Ordnungen und der Grade. (§. 929.) — 362
IV. Von der Inteſtaterbfolge aus andern Gründen.
A. Von dem auf den Concubinat ſich beziehenden Rechte der Inteſtaterbfolge. (§. 930.) — 366
B. Von dem Succeſſionsrechte der dürftigen Wittwe. (§. 931.) — 368
C. Von dem Succeſſionsrechte gewiſſer juriſtiſcher Perſonen. (§. 932.) — 371

Viertes Kapitel. Von dem Erwerbe und Verluſte der Erbſchaft.

I. Von dem Erwerbe einer Erbſchaft an und für ſich.
A. Von dem Erwerbe der Erbſchaft im Allgemeinen. (§. 933.) — 373
B. Von dem Erwerbe der Erbſchaft durch Antretung insbeſondere.
A. Von der Antretung der Erbſchaft an und für ſich. (§. 934.) — 378
B. Von dem Deliberations-Rechte. (§. 935.) — 383
II. Von den rechtlichen Folgen des Erwerbes einer Erbſchaft im Allgemeinen.
A. Von der Repräſentation des Erblaſſers durch den Erben.
A. Allgemeine Grundſätze. (§. 936.) — 385
B. Modificationen derſelben.
a. Von Rechten und Verbindlichkeiten, welche auf den Erben nicht übergehen. (§. 937.) — 387
b. Von dem ſ. g. Beneficium inventarii. (§. 938.) — 388
c. Von dem den Gläubigern des Erblaſſers zuſtehenden Rechte auf Separation. (§. 939.) — 392

B. Von der Verpflichtung des Erben, den letzten Willen des Erblaſſers zu erfüllen. (§. 940.) S. 395

C. Von der Transmiſſion der Erbſchaft.

A. Allgemeine Grundſätze. (§. 941.) — 396

B. Ausnahmen.

a. Von der ſ. g. Transmissio Theodosiana. (§. 942.) — 399

b. Von der ſ. g. Transmissio Justinianea. (§. 943.) — 402

c. Von der ſ. g. Transmissio ex capite restitutionis in integrum. (§. 944.) — 405

d. Von der ſ. g. Transmissio ex capite infantiae. (§. 945.) — 405

D. Von den Rechtsmitteln in Anſehung der Erbſchaft.

A. Im Allgemeinen. (§. 946.) — 407

B. Insbeſondere:

a. Von der Hereditatis petitio.

α. Ueber die Perſon des Klägers. (§. 947.) — 408

β. Ueber die Perſon des Beklagten. (§. 948.) — 410

γ. Ueber den von dem Kläger zu führenden Beweis. (§. 949.) — 411

δ. Von dem Zwecke der Klage. (§. 950.) — 418

ε. Von den Gegenforderungen des Beklagten. (§. 951.) — 422

b. Proviſoriſche Rechtsmittel.

α. Von dem ſ. g. Remedium ex L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo. (§. 952.) — 423

β. Von der Bonorum possessio ex Carboniano edicto. (§. 953.) — 425

γ. Von der Bonorum possessio furiosi nomine. (§. 954.) — 426

δ. Von der Bonorum possessio ventris nomine. (§. 955.) — 427

E. Von der Veräußerung der Erbſchaft.

A. Im Allgemeinen. (§. 956.) — 429

B. Insbeſondere von dem Falle, da der Erbe die ihm erworbene Erbſchaft verkauft.

a. Von dem Verhältniſſe der Contrahenten unter einander. (§. 957.) — 432

b. Von dem Verhältniſſe der Contrahenten zu dritten Perſonen. (§. 958.) — 435

III. Von den rechtlichen Folgen des Erwerbes einer Erbſchaft unter der beſondern Vorausſetzung mehrer Erben.
A. Ueber den Einfluß dieſer Vorausſetzung auf die allgemeinen Wirkungen des Erwerbes.
A. Auf die Repräſentation des Erblaſſers. (§. 959.) S. 437
B. Auf die Verpflichtung, den letzten Willen deſſelben zu erfüllen. (§. 960.) — 441
C. Auf die Hereditatis petitio. (§. 961.) — 442
B. Ueber die davon abhängigen eigenthümlichen Wirkungen.
A. Von den obligatoriſchen Verhältniſſen der mehren Erben unter einander.
a. Von der Gemeinſchaft der Erbſchaft.
α. Von den daraus entſpringenden Rechten und Verbindlichkeiten. (§. 962.) — 448
β. Von der Familiae herciscundae actio.
a. Im Allgemeinen. (§. 963.) — 449
b. Insbeſondere:
aa. Ueber die Subjecte der Klage. (§. 964.) — 450
bb. Ueber den Zweck derſelben.
1. Von der zu bewirkenden Aufhebung der Gemeinſchaft. (§. 965.) — 451
2. Von den zu bewirkenden perſönlichen Leiſtungen. (§. 966.) — 456
b. Von der Verbindlichkeit zur Collation.
α. Einleitung. (§. 967.) — 457
β. Von den Subjecten der Collation. (§. 968.) — 472
γ. Von den Objecten derſelben. (§. 969.) — 475
δ. Von der Art und Weiſe der Collation und den gegen den Verpflichteten Statt findenden Rechtsmitteln. (§. 970.) — 480
B. Von dem Jus accrescendi.
a. Allgemeine Grundſätze. (§. 971.) — 484
b. Beſondere Beſtimmungen in Betreff des Falles, da von mehren zu einem gemeinſchaftlichen Antheile Berufenen Einer oder der Andere ausfällt. (§. 972.) — 487
IV. Von dem Verluſte einer Erbſchaft.
A. Im Allgemeinen. (§. 973.) — 490
B. Insbeſondere:
A. Von dem Verluſte einer nur erſt deferirten Erbſchaft. (§. 974.) — 491

B. Von dem Verluſte einer bereits erworbenen Erbſchaft. (§. 975.) S. 491
C. Von dem Verluſte wegen Unwürdigkeit.
a. Allgemeine Grundſätze. (§. 976.) — 496
b. Einzelne Fälle des Verluſtes.
α. An den Fiscus. (§. 977.) — 497
β. An andere Perſonen. (§. 978.) — 500

Fünftes Kapitel. Von der Bonorum possessio.

I. Von der Bonorum possessio im Allgemeinen.
A. Ueber den Begriff der Bonorum possessio und den charakteriſtiſchen Unterſchied derſelben von der Hereditas.
A. In materieller Beziehung. (§. 979.) — 502
B. In formeller Beziehung. (§. 980.) — 505
B. Von den Claſſen und Ordnungen der Bonorum possessio.
A. Summariſche Bezeichnung derſelben. (§. 981.) — 507
B. Ueber das gegenſeitige Verhältniß
a. Der verſchiedenen Claſſen und Ordnungen. (§. 982.) — 510
b. Mehrer zu derſelben Claſſe und Ordnung gehöriger Perſonen. (§. 983.) — 511
C. Von dem bei dem Syſteme der Bonorum possessio zum Grunde liegenden Zwecke. (§. 984.) — 512
D. Ueber das Zuſammenbeſtehen der Bonorum possessio und der Hereditas.
A. Vorerinnerung. (§. 985.) — 515
B. Ueber die Beſchränkung der civilrechtlichen Erbfolge durch die prätoriſche. (§. 986.) — 516
C. Ueber die Beſchränkung der prätoriſchen Erbfolge durch die auf das Civilrecht gegründete. (§. 987.) — 517
E. Von dem Interdictum quorum bonorum. (§. 988.) — 519
II. Von den verſchiedenen Claſſen und Ordnungen der Bonorum possessio im Einzelnen.
A. Im Fall der Beerbung eines Solchen, der nicht emancipirt worden.
A. Von der Bonorum possessio contra tabulas. (§. 989.) — 521
B. Von der Bonorum possessio secundum tabulas. (§. 990.) — 528
C. Von der Bonorum possessio intestati. (§. 991.) — 530
D. Nachträgliche Bemerkungen in Betreff der Bonorum possessio contra tabulas und der Bonorum possessio unde liberi. (§. 992.) — 531

B. Im Fall der Beerbung eines Emancipirten. (§. 993.) S. 535
III. Von der Bonorum possessio nach ſpäterem Rechte.
A. Ueber den Einfluß der Novellen 115. und 118. auf das Syſtem der Bonorum possessio. (§. 994.) — 538
B. Ueber den heutigen Gebrauch der Lehre von der Bonorum possessio. (§. 995.) — 542

Sechstes Kapitel. Von den Vermächtniſſen.

I. Geſchichtliche Einleitung.
A. Aelteres Recht.
A. Von den Legaten. (§. 996.) — 544
B. Von den Fideicommiſſen. (§. 997.) — 548
B. Neueres Recht ſeit der Zeit der chriſtlichen Imperatoren. (§. 998.) — 552
II. Von der bei Vermächtniſſen zu beobachtenden äußeren Form.
A. Vorerinnerung. (§. 999.) — 554
B. Theorie der Codicille.
A. Arten der Codicille. (§. 1000.) — 555
B. Allgemeine Grundſätze in Anſehung derſelben.
a. Von der bei Codicillen erforderlichen Feierlichkeit. (§. 1001.) — 556
b. Von dem möglichen Inhalte der Codicille. (§. 1002.) — 558
c. Von den Gründen der Ungültigkeit derſelben. (§. 1003.) — 559
C. Beſondere Grundſätze in Betreff einzelner Arten von Codicillen. (§. 1004.) — 560
D. Von der Codicillar-Clauſel. (§. 1005.) — 562
III. Von der Anordnung eines Legates.
A. Von der Regula Catoniana. (§. 1006.) — 565
B. Von den bei der Anordnung eines Legates in Betracht kommenden Perſonen.
A. Im Allgemeinen. (§. 1007.) — 567
B. Insbeſondere:
a. Von der Perſon des Onerirten. (§. 1008.) — 569
b. Von der Perſon des Honorirten. (§. 1009.) — 570
C. Von dem möglichen Gegenſtande eines Legates.
A. Im Allgemeinen. (§. 1010.) — 573
B. Im Einzelnen.
a. Von Legaten, durch welche dem Legatar unmittel-

bar oder mittelbar ein dingliches Recht verſchafft werden ſoll.
α. Von Legaten zum Zweck des Eigenthums.
a. Ueberhaupt. (§. 1011.) S. 574
b. Insbeſondere:
1. Von dem Legat einer fremden Sache. (§. 1012.) — 576
2. Von dem Legat einer dem Legatar gehörigen Sache. (§. 1013.) — 577
β. Von Legaten zum Zweck eines anderweitigen dinglichen Rechtes.
a. Ueberhaupt. (§. 1014.) — 579
b. Insbeſondere von dem Legat einer Servitut. (§. 1015.) — 581
b. Von Legaten in Bezug auf Forderungen.
α. Von dem Legatum nominis. (§. 1016.) — 583
β. Von der Liberatio legata. (§. 1017.) — 583
γ. Von dem ſ. g. Legatum debiti. (§. 1018.) — 584
c. Von Legaten, welche eine ſ. g. Universitas juris zum Gegenſtande haben. (§. 1019.) — 587
d. Von Legaten, durch welche der Belaſtete zu wiederholten Leiſtungen verpflichtet wird. (§. 1020.) — 589
e. Von Legaten, bei welchen die genauere Beſtimmung des Gegenſtandes von einer zu treffenden Wahl abhängt. (§. 1021.) — 590
IV. Von dem Erwerbe eines Legates.
A. Von den Bedingungen des Erwerbes.
A. Im Allgemeinen. (§. 1022.) — 593
B. Einzelne Erörterungen.
a. Ueber die Zurücknahme der Legate.
aa. Von der bloßen Zurücknahme.
α. Von der Zurücknahme ſelbſt. (§. 1023.) — 594
β. Von den Wirkungen derſelben. (§. 1024.) — 595
bb. Von der Translation. (§. 1025.) — 597
b. Ueber das Wegfallen des Onerirten.
aa. Allgemeine Grundſätze. (§. 1026.) — 598
bb. Beſondere Grundſätze in Betreff des Falles, da der mit Legaten belaſtete Erbe die ihm ex testamento deferirte Erbſchaft boloſer Weiſe nicht erwirbt. (§. 1027.) — 601
c. Ueber Veränderungen mit dem Gegenſtande des Legates. (§. 1028.) — 602

d. Ueber das quantitative Verhältniß zwiſchen dem Betrage des Legates und dem Betrage desjenigen, was dem Onerirten zu Theil wird.
aa. Von dem Grundſatze, daß Niemand über das Maß desjenigen, was er ſelbſt empfängt, belaſtet werden kann. (§. 1029.) S. 604
bb. Von der Lex Falcidia.
α. Einleitung. (§. 1030.) — 605
β. Allgemeine Grundſätze über die Anwendung der Lex Falcidia.
a. Von den Perſonen, welche auf die Falcidiſche Quart Anſpruch machen können. (§. 1031.) — 606
b. Von der Berechnung, deren es bedarf, um auszumitteln, ob die Quart frei ſei, oder nicht.
aa. Ueberhaupt. (§. 1032.) — 608
bb. Insbeſondere:
1. Von der Berechnung der Quart ſelbſt. (§. 1033.) — 609
2. Von der Berechnung des Betrages der Legate. (§. 1034.) — 609
3. Ueber die Frage, was in die Quart einzurechnen ſei. (§. 1035.) — 612
c. Von der Verminderung der Legate, Falls die Quart nicht frei iſt.
aa. Von der Größe dieſer Verminderung. (§. 1036.) — 614
bb. Von der Art und Weiſe derſelben und den Mitteln, ſie geltend zu machen. (§. 1037.) — 615
cc. Von dem Zeitpunkte der zu bewirkenden Verminderung. (§. 1038.) — 616
d. Von den Vorausſetzungen, unter welchen, ungeachtet der Verletzung der Quart, ausnahmsweiſe keine Verminderung der Legate Statt findet. (§. 1039.) — 617
γ. Beſondere Grundſätze über die Anwendung der Lex Falcidia.
a. Im Fall der Vereinigung mehrer Antheile derſelben Erbſchaft in Einer Perſon. (§. 1040.) — 619

b. Bei Vermächtniſſen, welche in einem Pupillar-Teſtamente angeordnet ſind. (§. 1041.) S. 620
δ. Ueber das Verhältniß der Falcidiſchen Quart zum Pflichttheile. (§. 1042.) — 622
B. Von dem Erwerbe ſelbſt.
A. Von der Art und Weiſe des Erwerbes. (§. 1043.) — 623
B. Von den verſchiedenen Stufen des Erwerbes. (§. 1044.) — 625
C. Von dem Zeitpunkte des Erwerbes.
a. Darſtellung der allgemeinen Grundſätze. (§. 1045.) — 626
b. Einzelne Bemerkungen. (§. 1046.) — 628
C. Von den rechtlichen Folgen des Erwerbes.
A. Von den Rechten des Legatars.
a. Ohne Rückſicht auf das Vorhandenſein von Collegataren.
α. Ueber die dem Legatar zuſtehenden Rechte an und für ſich.
a. Von den Rechten des Legatars inwieweit ſie dinglicher Art ſind. (§. 1047.) — 631
b. Von dem obligatoriſchen Rechte des Legatars gegen den Onerirten. (§. 1048.) — 633
β. Ueber die dem Legatar zu Gebote ſtehenden Rechtsmittel.
a. Von der Befugniß des Legatars, Sicherheitsleiſtung zu fordern. (§. 1049.) — 635
b. Von den Klagen des Legatars. (§. 1050.) — 637
b. Von dem unter Collegataren Statt findenden Jus accrescendi. (§. 1051.) — 640
B. Von den Verpflichtungen des Legatars.
a. Im Allgemeinen. (§. 1052.) — 642
b. Insbeſondere:
α. Von der Verpflichtung des Legatars zur Reſtitution des legirten Gegenſtandes im Fall ungehöriger Beſitzergreifung. (§. 1053.) — 642
β. Von der Verpflichtung des Legatars zur Sicherheitsleiſtung. (§. 1054.) — 644
V. Von dem Verluſte eines Legates.
A. Im Allgemeinen. (§. 1055.) — 645
B. Insbeſondere:
A. Von dem Verluſte durch Repudiation. (§. 1056.) — 647
B. Von dem Verluſte wegen Unwürdigkeit.
a. An den Fiscus. (§. 1057.) — 648

b. An andere Perſonen. (§. 1058.) S. 648

VI. Von den Eigenthümlichkeiten eines Fideicommiſſes der Erbſchaft.

A. Von der Errichtung eines Fideicommiſſes der Erbſchaft. (§. 1059.) — 649

B. Von den Wirkungen deſſelben.

A. Vorerinnerung. (§. 1060.) — 650

B. Von der dem Fiduciar obliegenden Verpflichtung zur Reſtitution und den rechtlichen Folgen dieſer letzteren im Allgemeinen.

a. Nach Grundſätzen des vorjuſtinianiſchen Rechtes.

α. Aelteſtes Recht. (§. 1061.) — 651

β. Senatusconsultum Trebellianum. (§. 1062.) — 651

γ. Senatusconsultum Pegasianum. (§. 1063.) — 652

δ. Reſultat. (§. 1064.) — 653

b. Nach Grundſätzen des Juſtinianiſchen Rechtes. (§. 1065.) — 654

C. Insbeſondere:

a. Von dem gegen den Fiduciar Statt findenden Zwange zur Antretung der Erbſchaft. (§. 1066.) — 656

b. Von dem Gegenſtande der Reſtitution bei freiwilliger Antretung. (§. 1067.) — 658

c. Von der Form derſelben. (§. 1068.) — 659

d. Von der dem Fiduciar gebührenden Quart.

α. Ueber die Frage, was in die ſ. g. Quarta Trebellianica einzurechnen ſei. (§. 1069.) — 660

β. Ueber die Art der Berechnung in dem beſondern Fall, da der Fiduciar zugleich mit Legaten beſchwert iſt. (§. 1070.) — 663

γ. Ueber das Verhältniß der ſ. g. Quarta Trebellianica zum Pflichttheile. (§. 1071.) — 664

e. Ueber Veräußerungen von Seiten des Fiduciars. (§. 1072.) — 665

Fünftes Buch.

E r b r e c h t.

Digitized by Google

Fünftes Buch.

Erbrecht.

§. 777.

Vorbemerkung.

Der Zweck der jetzt zu gebenden Darſtellung desjenigen Theils des Römiſchen Privatrechts, welcher das Erbrecht enthält, läßt ſich im Allgemeinen ſo beſtimmen:

Es ſollen die Römiſchen Grundſätze über die Erbfolge und die damit in Verbindung ſtehenden Gegenſtände entwickelt werden, und zwar zunächſt aus dem Geſichtspunkte ihrer heutigen Anwendbarkeit.

Dieſe allgemeine Bezeichnung des Zweckes dürfte jedoch noch nicht völlig genügen. Vielmehr glaube ich über einige Punkte mich noch näher erklären zu müſſen.

1. Das vorjuſtinianiſche Recht iſt, inwiefern es ein ſelbſtſtändiges Intereſſe darbietet, von dem Plane dieſer Vorleſungen allerdings ausgeſchloſſen. Aber auch nur inſofern, keineswegs ſchlechthin. Es iſt überhaupt unmöglich, ſich von irgend einem beſtehenden Rechte eine gründliche Kenntniß zu verſchaffen, wenn man daſſelbe rein für ſich in's Auge faßt, und ohne alle Rückſicht auf den früheren Rechtszuſtand, aus dem es hervorgegangen iſt. In einem ganz vorzüglichen Grade aber gilt

dieſes von dem Römiſch-Juſtinianiſchen Rechte, und zwar in der Lehre von der Erbfolge mehr, als in mancher andern Materie. Zum Behuf hiſtoriſcher Erläuterung wird es gar oft nöthig ſein, auf das vorjuſtinianiſche Recht zurückzugehen, zu zeigen, wie aus dieſem das Juſtinianiſche entſtand.

2. In Bezug auf das Juſtinianiſche Recht ſelbſt iſt Folgendes zu erwägen: Schon die auf Juſtinians Befehl verfaßten Rechtsbücher ſind bekanntlich nicht von gleichzeitiger Entſtehung, die einzelnen Juſtinianiſchen Novellen aber ſind vollends aus ſehr verſchiedener Zeit. Daher namentlich bei dieſen für das Erbrecht gerade höchſt wichtigen Juſtinianiſchen Verordnungen die Frage entſteht, inwieweit andere in den Juſtinianiſchen Quellen enthaltene Rechtsſätze damit zu vereinigen ſind, oder vielmehr als aufgehoben betrachtet werden müſſen. Hierüber ſind die Meinungen der heutigen Rechtsgelehrten häufig getheilt. Und dadurch werde ich nicht ſelten genöthigt ſein, auch bei ſolchen Beſtimmungen zu verweilen, welche ich ſelbſt für aufgehoben halte, die aber von Andern aus dem entgegengeſetzten Geſichtspunkte aufgefaßt werden.

3. Auch in dem neueſten Juſtinianiſchen Rechte findet ſich nicht Weniges, was heutiges Tages entweder gar nicht mehr anwendbar iſt, oder doch nicht ſeinem ganzen Umfange nach. Einzelnes dieſer Art wird weiterhin im Laufe der Vorleſung angeführt werden. Es muß angeführt werden, eben um davor zu warnen, daß man es nicht irriger Weiſe für noch anwendbar achte. Ueber Einen Gegenſtand von umfaſſenderer Beziehung kann ich mich aber im Allgemeinen ſchon hier äußern. Nämlich unpraktiſch iſt für uns Alles, was im Juſtinianiſchen Erbrechte Sclaven und Freigelaſſene betrifft. Im Ganzen wird dieſes daher von den gegenwärtigen Vorleſungen ausgeſchloſſen bleiben. Einzelne Andeutungen werden indeſſen weder vermieden werden können, noch dürfen. Manche allgemeine Grundſätze ſind nämlich von der Art, daß ſie ſich nicht wohl klar machen laſſen, ohne daß man das Recht der Sclaven mit berührt. Sodann gibt es ferner in dem Corpus juris viele ein-

zelne Stellen, welche ſich nicht vorzugsweiſe auf das Verhältniß der Sclaven gerade beziehen, dennoch aber nicht verſtanden werden können, wenn man mit dem Rechte der Sclaven gänzlich unbekannt iſt. Endlich iſt Manches, was in unſern Quellen vorkommt, dem Verhältniß der Sclaven eigenthümlich, was ſich nicht gleich auf den erſten Blick als ſolches kund gibt. Es iſt alſo darauf aufmerkſam zu machen, damit man es nicht für etwas halte, was auch auf andere Verhältniſſe angewandt werden könne.

Digitized by Google

Fünftes Buch.
E r b r e ch t.

Erſtes Kapitel.
Vorläufige Erörterungen.

I. Von den Gegenſtänden des Erbrechtes. (§. §. 778—783.)

A. Von der Erbfolge. (§. §. 778—782.)

A. Von der Hereditas. (§. §. 778—780.)

§. 778.

a. Ueber den Begriff derſelben.

Das Römiſche Civilrecht ſtellt die Forderung auf: Jeder ſoll, wo möglich, nach ſeinem Tode hinſichtlich ſeiner geſammten Vermögensverhältniſſe repräſentirt werden; alſo ſowohl in Bezug auf die ihm obliegenden obligatoriſchen Verpflichtungen, als in Anſehung der ihm zuſtehenden Rechte — es ſoll Jemand da ſein, der ihm per universitatem ſuccedirt.

Wenn ich ſage, es ſoll Jemand da ſein, der dem Verſtorbenen per universitatem ſuccedirt, ſo iſt dieſes nicht gerade ſo zu verſtehen, als ob immer nur ein Einzelner das Subject dieſer univerſellen Succeſſion ſein könnte; es iſt ſehr wohl zuläſſig, daß Mehre neben einander einem Verſtorbenen per universitatem ſuccediren. Eine ſolche Pluralität von Succeſſoren

führt allerdings die Nothwendigkeit einer Theilung mit ſich, allein Theilung überhaupt widerſtreitet auch keineswegs dem Begriffe einer Successio per universitatem. Nur darf die Theilung keine qualitative ſein, d. h. in eben die Rechte, in eben die Verpflichtungen, in welche A. ſuccedirt, in eben dieſe muß auch B. ſuccediren und C. u. ſ. w. — Es darf nicht etwa ſo ſein, daß in ein gewiſſes Recht nur A. ſuccedirt, und in ein anderes Recht nur B., oder daß der Eine nur in die Rechte ſuccedirt, der Andere nur in die Verbindlichkeiten. Das wäre eine qualitative Theilung, und dieſe iſt dem Begriffe einer Successio per universitatem zuwider. Dagegen iſt eine quantitative Theilung damit vollkommen verträglich, und zwar eben ſowohl eine ſolche, der zu Folge die Antheile der Einzelnen unter ſich von ungleicher Größe ſind, als eine ſolche, welche gleiche Theile gibt. Nur das wird gefordert: So groß der Antheil eines Einzelnen in Einer Beziehung iſt, eben ſo groß muß er auch in jeder andern ſein. Die Theilung alſo muß auf einem geometriſchen Verhältniſſe beruhen, die einzelnen Theile dürfen nicht ſelbſtſtändige Quanta ſein, ſondern ſie müſſen in Quoten des Ganzen beſtehen. Z. B. wenn A. und B. einem Verſtorbenen per universitatem ſuccediren, ſo kann es ſein, daß der Nachlaß des Verſtorbenen gleichmäßig unter ſie vertheilt wird. Dann wird A. in jedes einzelne Recht, in jede einzelne Verpflichtung des Verſtorbenen zur Hälfte eintreten, und die andere Hälfte jedes einzelnen Rechts und jeder einzelnen Verbindlichkeit wird auf B. übertragen. Aber die Theilung kann möglicher Weiſe auch ſo zu ſtehen kommen, daß A. an allem und jedem 1/3 hat, und B. an allem und jedem 2/3. Daß hier B. den Verſtorbenen zu einem größeren Antheile repräſentirt, als A. — dieſes iſt dem Begriffe einer univerſellen Succeſſion keineswegs entgegen; genug daß A. an jedem Rechte und an jeder Verpflichtung, die auf B. übergeht, ebenfalls Antheil hat, und daß das Verhältniß dieſes Antheils durchgängig daſſelbe iſt.

Uebrigens läßt ſich jene Forderung auch ſo ausdrücken: Jederman ſoll, wo möglich, einen Erben haben. Unter

einem Erben nämlich verſteht man denjenigen, welcher einem Andern von Todeswegen per universitatem ſuccedirt. Der Römiſche Ausdruck für einen ſolchen, der nach Grundſätzen des Civilrechts ein Erbe iſt, iſt Heres.

Abgeleitet davon iſt der Ausdruck Hereditas, welcher bald in ſubjectiver, bald in objectiver Beziehung gebraucht wird. In ſubjectiver Beziehung bezeichnet Hereditas erſtens die univerſelle Succeſſion ſelbſt, von welcher hier die Rede iſt, das wirkliche Eintreten in die Rechte und Verbindlichkeiten eines Verſtorbenen; zweitens das Recht zu dieſer univerſellen Succeſſion, das Jus succedendi [1]). In objectiver Beziehung bezeichnet Hereditas die Verlaſſenſchaft des Verſtorbenen, dasjenige, worin der Erbe ſuccediren ſoll, alſo den Inbegriff der Vermögensrechte und Verbindlichkeiten des Verſtorbenen. Auf dieſe Bedeutung von Hereditas beziehen ſich die Redensarten: hereditatem acquirere, hereditati se immiscere, hereditatem expilare. Auch jacens hereditas gehört hieher. — Im Deutſchen ſind hier folgende Ausdrücke zu merken: Erbfolge heißt die univerſelle Succeſſion in das Vermögen eines Verſtorbenen. Erbſchaft wird nach der Analogie des Römiſchen Ausdrucks Hereditas bald für das Recht der Erbfolge, bald für den Gegenſtand derſelben gebraucht. Die letzte Bedeutung iſt jedoch die gewöhnlichere. Das Wort Erbrecht hat ebenfalls eine zweifache Bedeutung. Es bezeichnet einmal das irgend einem Einzelnen zuſtehende Recht der Erbfolge, ſodann auch die Lehre von der Erbfolge und allem demjenigen, was damit zuſammenhängt.

Noch muß ich, da einmal von dem Sprachgebrauch die Rede iſt, Folgendes anführen: Im Deutſchen haben wir ein eignes Zeitwort, durch welches wir den Begriff „Erbe werden“ bezeichnen, nämlich das Zeitwort „erben“, und eben ſo

1) L. 24. D. d. V. S.: »Nihil est aliud hereditas, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit.« Vergl. L. 208. D. eod.; »Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus successionis, et non singulares res demonstrat.«

ſagen wir: Jemanden **beerben**. Den Römern fehlt es hier an einem eignen Zeitwort; ſie ſagen: »heredem fieri«, »heredem esse«, »alicui heredem existere.« — Ferner bezeichnen wir im Deutſchen denjenigen, von deſſen Verlaſſenſchaft die Rede iſt, denjenigen, welchen ein Anderer entweder noch beerben ſoll, oder auch ſchon beerbt hat, mit dem Namen Erblaſſer. Die Römer haben keinen ähnlichen Ausdruck, welcher bei gleicher Allgemeinheit eben ſo bezeichnend wäre. Denn der Ausdruck **Defunctus**, deſſen ſie ſich häufig bedienen, um denjenigen zu bezeichnen, welcher beerbt werden ſoll, ſagt weiter nichts, als unſer Deutſches, der Verſtorbene; es liegt darin keine beſondere Hinweiſung auf das Verhältniß der Erbfolge.

Doch ich kehre zurück zu dem Satze, von welchem ich ausgegangen bin: Jeder Verſtorbene ſoll, wo möglich, einen Erben haben. Dieſer Satz führt natürlicher Weiſe auf die Frage: Wer wird denn nun in jedem Falle dieſer Erbe ſein? Wie wird der Erbe deſignirt werden?

§. 779.

b. Ueber die Deſignation des Erben.

Es läßt ſich eine zweifache Art der Deſignation denken: eine Deſignation unmittelbar durch das Geſetz, und eine Deſignation abhängig von der eignen Willkür des zu Beerbenden.

Der erſte Fall ſetzt eine durch das Geſetz gegebene Regel voraus, vermittelſt deren diejenigen Perſonen, welche einen Verſtorbenen beerben ſollen, durch gewiſſe allgemeine Merkmale bezeichnet werden, wie wenn das Geſetz ſagt: diejenigen, welche zu dem Verſtorbenen in dem und dem Verhältniß geſtanden haben, z. B. diejenigen, welche ihm verwandt geweſen ſind, ſollen bei ſeinem Tode ſeine Erben ſein.

Der andere Fall, wo die Deſignation des Erben abhängig ſein ſoll von der Willkür des zu Beerbenden ſelbſt, läßt ſich wieder auf zweifache Weiſe denken. Im Allgemeinen nämlich müſſen wir es als etwas Mögliches anſehen, daß Jemand ſeine dereinſtige Erbſchaft einem Andern durch einen mit

dieſem eingegangenen *Vertrag* zuſichert, aber eben ſo möglich iſt es, daß Einer die Perſon ſeines dereinſtigen Erben durch eine *einſeitige Willenserklärung* beſtimmt.

Es fragt ſich nun, welche von dieſen im Allgemeinen möglichen Arten der Deſignation im *Römiſchen* Rechte wirklich vorkommen? Das Römiſche Civilrecht geſtattet *dem zu Beerbenden ſelbſt*, die Perſon des Erben zu beſtimmen. Nur Verträge über die dereinſtige Erbſchaft eines noch Lebenden werden nach dem Rechte zur Zeit der claſſiſchen Juriſten als etwas den guten Sitten Widerſtreitendes angeſehen, und auch das Juſtinianiſche Recht noch behandelt dergleichen Verträge aus demſelben Grunde, wenigſtens der Regel nach, als ungültig. Insbeſondere aber iſt jeder Vertrag kraftlos, wodurch Jemand ſeine eigne Erbſchaft einem Andern zuſagt: der Andere erhält aus einem ſolchen Vertrage kein vertragsmäßiges Recht, und derjenige, welcher das Verſprechen gegeben, iſt daran nicht gebunden, er kann über ſeine Verlaſſenſchaft nach wie vor pro lubitu disponiren[1]. Nach *Deutſchem* Rechte verhält es ſich allerdings ganz anders; da werden Erbverträge nicht aus dem Römiſchen Geſichtspunkte angeſehen, ſie gelten vielmehr für durchaus zuläſſig und verbindlich. Dieſes jedoch iſt ein Gegenſtand, deſſen nähere Erörterung außer dem Gebiet der gegenwärtigen Vorleſung liegt, da er in das Deutſche Privatrecht gehört.

Alſo obſchon das Römiſche Recht dem zu Beerbenden ſelbſt die Deſignation des Erben geſtattet, ſo iſt dabei doch immer nur an eine *einſeitige Willenserklärung* zu denken. Die techniſchen Ausdrücke, welche in dem Falle einer ſolchen Deſignation gebraucht werden, ſind folgende: Man ſagt von demjenigen, welcher die Perſon ſeines dereinſtigen Erben beſtimmt: eum heredem *instituere*, er *ernennt einen Erben*, er *ſetzt* Jemanden *zum Erben ein*. Davon kommt denn der ſubſtantiviſche Ausdruck Heredis *institutio*, *Erbeseinſetzung*. Der eingeſetzte Erbe ſelbſt wird *institutus* heres genannt. Bezeichnet Jemand die Perſon des Erben ſchriftlich,

1) L. 19. L. ult. C. d. pact. II, 3.

ſo gebraucht man auch den Ausdruck »heredem ſcribere« und »ſcriptus heres.« Ferner gehört hieher der Ausdruck Teſtamentum. Damit hat es dieſe Bewandtniß: Jede einſeitige Willenserklärung, durch welche Jemand zu erkennen gibt, wie er es auf ſeinen Todesfall wolle gehalten wiſſen, wird ultima voluntas genannt. Im Deutſchen bedeutet dieſer Ausdruck: letztwillige Erklärung, letzte Willenserklärung, letzter Wille. Wenn nun eine in der gehörigen Form abgefaßte Erklärung dieſer Art eine Erbeseinſetzung enthält, ſie mag darauf beſchränkt ſein, oder noch Anderes daneben enthalten, ſo wird ſie Teſtamentum genannt. Ohne Teſtament gibt es keine auf des Erblaſſers eigner Deſignation beruhende Erbfolge. Und daher ſagt man denn auch von dem durch den Verſtorbenen ernannten Erben, er ſei Heres ex teſtamento, teſtamentarius heres, Teſtamentserbe. Und eben ſo nennt man in einem ſolchen Falle die Hereditas eine Hereditas ex teſtamento, teſtamentaria hereditas, teſtamentariſche Erbſchaft.

Neben dieſer Befugniß, ſich ſelbſt einen Erben zu ernennen, kennt nun aber das Römiſche Civilrecht auch die geſetzliche Deſignation. Der vom Geſetz deſignirte Civilerbe heißt legitimus heres, und eben ſo wird die Hereditas ſelbſt legitima hereditas genannt. Der Grund dieſer Benennung leuchtet von ſelbſt ein. Aber es gibt noch eine andere Art der Benennung, deren eigentlicher Grund ſich erſt aus dem Verfolg ergeben wird. Nämlich der legitimus heres wird auch ab inteſtato heres, oder Inteſtati heres genannt. Das »Inteſtati« bezieht ſich auf die Perſon des Erblaſſers; Inteſtatus aber heißt derjenige, welcher keinen teſtamentariſchen Erben hat [2]). In Uebereinſtimmung hiemit wird auch die legitima hereditas, ab inteſtato hereditas, desgleichen Inteſtati hereditas genannt. Im Deutſchen brauchen wir die Ausdrücke:

2) pr. I. d. hered., quae ab inteſt. defer. III, 1.: »Inteſtatus decedit, qui aut omnino teſtamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id quod fecerat, ruptum irritumve factum eſt, aut nemo ex eo heres exſtitit.«

geſetzlicher Erbe, Inteſtaterbe; geſetzliche Erbfolge, Inteſtaterbfolge.

Aus dem Vorgetragenen erhellt, daß beide Arten der Deſignation des Erben dem Römiſchen Civilrechte bekannt ſind — die geſetzliche und die in der Privatwillkür des zu Beerbenden ſelbſt gegründete. Dieſes nun aber führt auf die wichtige Frage: In welchem Verhältniß ſtehen beide Arten der Deſignation? Kann es geſchehen, daß bei einer und derſelben Erbſchaft beide ſich wirkſam erweiſen, entweder zugleich, oder eine nach der andern? Oder ſchließt vielleicht die Wirkſamkeit der einen die Wirkſamkeit der andern aus? Die Antwort iſt folgende: Es iſt der Regel nach unzuläſſig, daß Jemand zum Theil auf den Grund eines Teſtaments, und zum Theil auf den Grund unmittelbar geſetzlicher Diſpoſition beerbt werde. Und zwar erſtreckt ſich dieſe Regel nicht weniger auf die Dauer, als auf den Umfang der Succeſſion, d. h. es iſt der Regel nach unzuläſſig:

1. daß Jemand in einen Theil der Verlaſſenſchaft eines Verſtorbenen nach Grundſatz der geſetzlichen Erbfolge ſuccedire, während ein Anderer in einen andern Theil derſelben Verlaſſenſchaft auf den Grund eines Teſtaments ſuccedirt. Aber eben ſo unzuläſſig iſt auch,

2. daß ein Verſtorbener für eine Zeitlang einen geſetzlichen Erben habe, und von dem Ablauf dieſer Zeit an einen teſtamentariſchen Erben erhalte, oder umgekehrt.

Dieſen Grundſatz pflegt man folgendermaßen auszudrücken: »Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest« [3]). Es gibt allerdings Ausnahmen von dieſem Grundſatze, die wir in der Folge werden kennen lernen; hier jedoch bleiben wir bei der Regel ſtehen. Aus dieſer aber ergibt ſich, daß teſtamentariſche Erbfolge und geſetzliche Erbfolge einander

3) Dies Princip ſelbſt ſiehe L. 6. D. d. test. milit. XXIX, 1. §. 5. I. d. hered. inst. II, 14.; eben daſelbſt die Ausnahme rückſichtlich der Soldaten. Die Anſicht der Römiſchen Juriſten drückt am vollſtändigſten aus L. 7. D. d. R. J.: »Jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est.«

ausſchließen; es fragt ſich alſo nur noch, welche von dieſen beiden Arten der Erbfolge der andern vorgehe? Und da finden wir denn: die geſetzliche Erbfolge tritt nur in subsidium ein; ſie findet nur da Statt, wo Niemand den Verſtorbenen auf den Grund eines Teſtaments beerbt, alſo nur dann, wenn der Verſtorbene intestatus iſt (ſ. Note 2.) — und darauf eben gründet ſich jener früher erwähnte Sprachgebrauch, vermöge deſſen der geſetzliche Erbe ab intestato heres genannt wird.

§. 780.

c. Ueber den Unterſchied zwiſchen Anfall und Erwerb der Erbſchaft.

Die Deſignation des Erben begründet an und für ſich nur die Möglichkeit, daß der Bezeichnete des Verſtorbenen Erbe werde, nicht die Nothwendigkeit. Auch würde es nicht zu rechtfertigen ſein, wenn es anders wäre. Denn die Deſignation iſt ja von dem Willen des Deſignirten ganz und gar unabhängig, indem ſie jederzeit entweder in dem Geſetz, oder in der einſeitigen Willkür des Verſtorbenen ihren Grund hat. Und zwar handelt es ſich hier nicht etwa bloß um den Erwerb von Vortheilen und von Rechten, ſondern der Erbe tritt zugleich in die Verbindlichkeiten des Verſtorbenen ein, und es kann leicht geſchehen, daß der Werth dieſer Verbindlichkeiten den Werth der in der Erbſchaftsmaſſe vorhandenen Rechte überſteigt — daß die Passiva mehr betragen, als die Activa. Dann iſt der Regel nach der Erbe genöthigt, ſein eignes Vermögen anzugreifen, um die Gläubiger des Erblaſſers zu befriedigen, und ſo kann er am Ende von der Erbſchaft großen Schaden haben. Darum eben finden wir im vorjuſtinianiſchen Rechte den Grundſatz aufgeſtellt, daß der zum Erben Deſignirte nicht gezwungen iſt, Erbe zu werden. Das Juſtinianiſche Recht bietet dem Erben allerdings ein Mittel dar, durch deſſen Anwendung er ſich gegen die Gefahr, ſein eigenes Vermögen zur Befriedigung der Erbſchaftsgläubiger angreifen zu müſſen, vollkommen ſicher ſtellen kann. Dieſes Mittel beſteht, wie wir in der Folge (§.938.) ſehen werden, in der rechtzeitigen und gehörigen Anfertigung eines Erbſchafts-

Inventars. Allein die Regel, daß der Erbe die Gläubiger des Verſtorbenen für voll befriedigen müſſe, auch wenn die Erbſchaftsmaſſe dazu nicht hinreicht, dieſe Regel als ſolche iſt dadurch nicht aufgehoben; vielmehr iſt es jederzeit als eine, wenn auch ſehr häufig vorkommende, Ausnahme von der Regel zu betrachten, wenn der Erbe durch Anfertigung eines Inventars jene Verpflichtung von ſich abgewandt hat. Und ferner iſt zu erwägen, daß die Anfertigung eines Inventars den Erben zwar gegen Verluſt ſchützt, aber die Laſt der Regulirung der Erbſchaft ihm nicht abnimmt, und ſchon um dieſer Laſt willen allein würde es hart ſein, wenn Jeder, der zum Erben deſignirt wäre, auch nothwendiger Weiſe Erbe werden müßte. Daher iſt es denn auch noch im Juſtinianiſchen Rechte Regel: die Deſignation zum Erben hat nur die Folge, daß der Deſignirte, ſobald er es will, Erbe werden kann. Dieſe Folge bezeichnen die Römiſchen Juriſten durch den Ausdruck »Hereditatem deferre.« Sie ſagen von demjenigen, der in der Lage iſt, daß es nur von ihm abhängt, Erbe zu werden, »delata ei est hereditas« [1]). — Unſere neueren Juriſten bedienen ſich häufig auch des Ausdruckes, Delatio hereditatis, welcher jedoch bei den Römern nicht vorkommt. Im Deutſchen ſagt man: Anfall der Erbſchaft.

Von dieſem Anfall iſt nun aber, der Regel nach, der wirkliche Erwerb der Erbſchaft, die Acquisitio hereditatis, verſchieden. Dieſe erfolgt erſt mittelſt einer Erklärung von Seiten desjenigen, welchem die Erbſchaft deferirt iſt, daß er Erbe ſein wolle. Der allgemeine Ausdruck für jede Erklärung dieſer Art iſt: Aditio hereditatis, Antretung der Erbſchaft.

Von der bisher erörterten Regel gibt es nun allerdings Ausnahmen. Bei gewiſſen Perſonen bedarf es nicht erſt der Antretung der Erbſchaft; vielmehr erwerben ſie die Erbſchaft ipso jure; in demſelben Augenblicke, in welchem ſie Erben ſein können, ſind ſie es auch wirklich. Sie ſind alſo gezwungen, Erben zu ſein, ſie mögen wollen, oder nicht. Der Grund, warum bei gewiſſen Perſonen dieſe Ausnahme eintritt, liegt in

1) L. 151. D. d. V. S. »Delata intelligitur hereditas, quam quis possit adeundo consequi.«

ihrem beſonderen perſönlichen Verhältniß zu dem Erblaſſer. Es gehören nämlich nach Juſtinianiſchem Rechte hieher zunächſt die eigenen Sclaven des Erblaſſers — was denn freilich für uns unpraktiſch iſt — ſodann diejenigen Erben, welche der väterlichen Gewalt des Verſtorbenen unmittelbar unterworfen ſind. Diejenigen Erben nun, bei welchen die Regel eintritt, die alſo, nur wenn ſie wollen, Erben werden, heißen eben deßhalb voluntarii heredes. Aber ſie werden auch extranei heredes genannt aus dem Grunde, weil ſie nicht in dem vorhin bezeichneten beſonderen perſönlichen Verhältniß zu dem Verſtorbenen ſtehen. Dagegen heißen diejenigen Erben, welche die Erbſchaft ſelbſt wider ihren Willen erwerben, necessarii heredes. Und zwar werden diejenigen, welche wegen ihrer Unterwürfigkeit unter die herrſchaftliche Gewalt des Erblaſſers die Erbſchaft ipso jure erwerben, necessarii heredes ſchlechthin, diejenigen aber, bei denen der Grund in ihrer Unterwürfigkeit unter die väterliche Gewalt des Erblaſſers liegt, sui et necessarii heredes genannt [2]).

Nun muß ich aber noch einmal zu dem Satze zurückkehren, an den die ganze bisherige Darſtellung von §. 778 an ſich angeſchloſſen hat. Dieſer Satz lautete ſo: Das Römiſche Civilrecht ſtellt die Forderung auf, daß, wo möglich, Jeder nach ſeinem Tode in Hinſicht ſeiner geſammten Vermögensverhältniſſe repräſentirt werde. Soll nun aber dieſer Forderung vollſtändig genügt werden, ſo muß der Verſtorbene gleich vom Augenblick ſeines Todes an repräſentirt werden. Es darf keinen Augenblick geben, in dem es an einem Repräſentanten fehlte. Und doch kann es, wie wir in der Folge ſehen werden, leicht geſchehen, daß Jemanden die Erbſchaft eines Verſtorbenen nicht gleich bei deſſen Tode deferirt wird, ſondern vielleicht erſt geraume Zeit nachher; dergeſtalt, daß ſofort der Erwerb der Erbſchaft gar nicht möglich iſt. Oder es wird Jemanden die Erbſchaft zwar gleich bei dem Tode des zu Beerbenden deferirt, aber die Erbſchaft wird doch nicht in demſelben Augenblicke zugleich erworben,

2) L. 15. L. 16. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2. pr. §. §. 1—3. §. 5. I. d. hered. qual. et differ. II, 19.

indem es ſich mit der Antretung der Erbſchaft aus irgend einem Grunde in die Länge zieht. Und ſo entſteht denn nun die Frage: wie verhält es ſich **in der Zwiſchenzeit** mit der Repräſentation des Verſtorbenen? Eine noch nicht erworbene Erbſchaft wird **jacens hereditas, liegende Erbſchaft**, genannt. Dieſer liegenden Erbſchaft ſchreibt man eine **juriſtiſche Perſönlichkeit** zu, vermöge deren ſie ſelbſt interimiſtiſch als Repräſentantin des Verſtorbenen gilt [3]). Sobald aber in der Folge der Erbe die Erbſchaft erwirbt, ſo kommt ihm alsdann jene interimiſtiſche Repräſentation zu Statten. Hinſichtlich der zur Zeit des Erwerbes in der Erbſchaft enthaltenen Rechtsverhältniſſe iſt es **nun** eben ſo gut, wie wenn der Erbe ſelbſt den Verſtorbenen ſchon von deſſen Tode an repräſentirt hätte. Inſofern kann man ſagen, die liegende Erbſchaft vertrete die Perſon des künftigen Erben [4]). Zunächſt thut ſie dieſes allerdings nicht, und hierauf beziehen ſich diejenigen Stellen unſerer Rechtsbücher, in welchen ausdrücklich geſagt wird, die liegende Erbſchaft repräſentire die Perſon des Verſtorbenen, und nicht die Perſon des Erben [5]). Aber erwirbt der Erbe die Erbſchaft, ſo geht alsdann die der jacens hereditas beigelegte Repräſentation des Verſtorbenen auf ihn über [6]). Man kann das ganze Verhältniß nicht richtiger bezeichnen, als indem man ſagt: In Beziehung auf die Repräſentation des Verſtorbenen **vicariirt** die liegende Erbſchaft für den dereinſtigen Erben — ſie repräſentirt den Verſtorbenen ſtatt des Erben und für ihn [7]). Und ſo iſt nun das Reſultat dieſes: Wie ſpät auch immer der Erbe die Erbſchaft erwerbe, er wird

3) §. 2. I. d. hered. instit. II, 14. ».... nondum adita enim hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti ....« — L. 31. §. 1. D. d. hered. inst. XXVIII, 5. — L. 34. D. d. A. R. D. XLI, 1. — pr. I. d. stipulat. servor. III, 17. (18.)

4) So **Pomponius** in L. 24. D. d. novat. XLVI, 2. (S. Note 7.)

5) cit. L. 34. D. d. A. R. D — cit. §. 2. I. d. hered. inst. Siehe Note 3.

6) cit. pr. I. d. stipulat. servor. ».... quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati, ac **per hoc** etiam heredi postea facto acquiritur.«

7) Vgl. cit. L. 24. D. d. novat. ».... hic enim morte stipulatoris non exstinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cujus personam **interim** hereditas sustinet.«

dennoch angeſehen, gleich als ob er dem Verſtorbenen ſchon im Augenblicke des Todes ſuccedirt wäre [8]).

§. 781.

B. Von der Bonorum possessio.

Bei allem bisher Vorgetragenen habe ich nur die Grundſätze des Römiſchen Civilrechts im Auge gehabt. Nun aber gibt es nach Römiſchem Rechte auch eine univerſelle Succeſſion in das Vermögen eines Verſtorbenen, gegründet auf die beſonderen Beſtimmungen des prätoriſchen Edicts. Dieſe prätoriſche Erbfolge iſt als ein Analogon der civilen zu betrachten. In der weiteren Bedeutung begreift das Wort Hereditas dieſe prätoriſche Erbfolge mit in ſich: Hereditas heißt da Erbfolge überhaupt, ſie beruhe nun auf Grundſätzen des Civilrechts, oder auf Grundſätzen des prätoriſchen Rechts [1]). Aber in der engern und gewöhnlicheren, eigentlich techniſchen Bedeutung iſt der Ausdruck Hereditas beſchränkt auf die civile Erbfolge. Für die prätoriſche gibt es eine eigenthümliche Benennung; man braucht nämlich dafür den Ausdruck Bonorum possessio. Der Grund der Benennung iſt dieſer: Nach älterem Rechte mußte derjenige, welcher Anſpruch darauf machte, einem Verſtorbenen nach prätoriſchem Recht zu ſuccediren, bei dem Prätor um die Erlaubniß anhalten, ſich in den Beſitz der zur Erbſchaft gehörigen Gegenſtände zu ſetzen. Und wie nun die prätoriſche Erbfolge ſelbſt Bonorum possessio genannt wird, ſo heißt der prätoriſche Erbe, Bonorum possessor.

Das Syſtem der Bonorum possessio iſt aber von dem Syſtem der Hereditas in ſehr weſentlichen Beziehungen verſchieden. Namentlich kommt der Fall vor, daß eine und dieſelbe Erbſchaft nach prätoriſchem Recht einem ganz Andern deferirt wird, als demjenigen, welcher Jure civili auf die Erbſchaft Anſpruch hat. Dennoch werden in unſern Quellen beide Syſteme

8) L. 54. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2. »Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.« Vgl. L. 28. §. ult. D. d. stipul. servor. XLV, 3. L. 138. pr. L. 193. D. d. R. J.

1) L. 138. D. d. V. S.: »Hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur.«

als nebeneinander beſtehend dargeſtellt. Dieſes Nebeneinanderbeſtehen wird dadurch möglich, daß beide Syſteme in ihrer praktiſchen Anwendung einander gegenſeitig beſchränken, dergeſtalt, daß unter gewiſſen Vorausſetzungen die prätoriſche Erbfolge vor der civilen, unter andern Vorausſetzungen aber umgekehrt die civile vor der prätoriſchen den Vorzug behauptet. Das Nähere über die Bonorum possessio wird den Inhalt des fünften Capitels bilden.

§. 782.

C. Von der Bonorum addictio libertatum conservandarum causa.

† INST. III, 11. (12.) De eo, cui libertatis causa bona addicuntur. — DIG. XL, 5. De fideicommissariis libertatibus. — COD. VII, 2. De testamentaria manumissione.

In der Mitte gleichſam zwiſchen der Hereditas und der Bonorum possessio ſteht die Addictio bonorum libertatum conservandarum causa. Für uns iſt ſie unpraktiſch, daher ich denn auch in der Folge auf ſie keine Rückſicht weiter nehmen werde; indeſſen glaube ich doch hier wenigſtens einen allgemeinen Begriff davon geben zu müſſen.

Das ganze Inſtitut gründet ſich auf jene Begünſtigung der Freilaſſungen, wodurch das ſpätere Römiſche Recht ſich von dem früheren unterſcheidet. Die Sache nämlich iſt dieſe: Es kann geſchehen, daß die von einem Verſtorbenen angeordneten Freilaſſungen dadurch gefährdet werden, daß weder ein teſtamentariſcher Erbe, noch auch ein Inteſtaterbe vorhanden iſt. Wenn dann entweder Einer der Sclaven ſelbſt, deren Freilaſſung der Verſtorbene angeordnet hatte, oder auch irgend ein Dritter bereit iſt, die Verlaſſenſchaft des Verſtorbenen anzunehmen, und die Gläubiger deſſelben zu befriedigen, alſo Erben Stelle zu vertreten und ſo die Freilaſſungen zu bewirken, ſo darf er ſich deshalb bei der Obrigkeit melden, und dieſe erſuchen, ihm den Nachlaß des Verſtorbenen zuzuſprechen. Fände ſich nun bei angeſtellter Unterſuchung kein beſonderes Bedenken, ſo muß die Obrigkeit dieſem Geſuche entſprechen. Es wird alsdann demjenigen, welcher

ſich gemeldet hat, der Nachlaß wirklich zuerkannt, es werden ihm die **Bona** addicirt, und zwar geſchieht dieſes, um die außerdem gefährdeten Freilaſſungen des Verſtorbenen aufrecht zu erhalten, alſo **Libertatum conservandarum causa**. Dieſe Art der Succeſſion iſt eingeführt durch eine Conſtitution des Markus Aurelius und ſo gehört ſie alſo ihrem Urſprunge nach dem neueren Civilrecht an [1]. Derjenige jedoch, welchem die **Bona** addicirt worden, wird nicht als **Heres**, nicht als civiler Erbe betrachtet, ſondern nach Art eines **Bonorum possessor**, eines prätoriſchen Erben behandelt [2]; es kommt alſo dieſe Succeſſion ihrer Wirkſamkeit nach mit der **Bonorum possessio** überein. Daher eben habe ich vorhin geſagt, daß die **Addictio bonorum libertatum conservandarum causa** zwiſchen der **Hereditas** und der **Bonorum possessio** gleichſam in der Mitte ſtehe.

§. 783.

B. Von den mit der Erbfolge in Verbindung ſtehenden Gegenſtänden.

Die Erbeseinſetzung iſt nicht das Einzige, was den Inhalt eines letzten Willens ausmachen kann. Es kann Jemand in ſeinem letzten Willen gar manche andre Anordnungen treffen. Jedoch was er auch immer anordnen mag, die getroffene Anordnung kann ſich nur inſofern wirkſam erweiſen, als der Verſtorbene einen Erben hinterläßt. Bald wird das Daſein eines teſtamentariſchen Erben erfordert, bald iſt es hinreichend, daß nur ein Erbe **ab intestato** vorhanden iſt, nie aber darf es an einem Erben ganz und gar fehlen, und daher ſtehen denn alle jene anderweitigen Anordnungen mit der Erbfolge in Verbindung.

Die wichtigſten Anordnungen aber außer der Erbeseinſetzung, welche in einem letzten Willen vorkommen können, ſind folgende:

1. Es kann Jemand Vermächtniſſe anordnen. Und zwar können dieſe ihrem Inhalte nach von einer doppelten Art ſein:

1) pr. et §. 1. I. h. t.

2) L. 4. §. 21. D. d. fideicommiss. libert. XL, 5.

a. Es kann nämlich Jemand ſeinem Erben, oder unter gewiſſen Vorausſetzungen auch wohl einem ſolchen, der nicht ſein Erbe iſt, in ſeinem letzten Willen die obligatoriſche Verpflichtung auferlegen, einem Andern dieſes, oder jenes zu leiſten — dergeſtalt, daß für dieſen Andern aus dem Vermächtniſſe zunächſt wenigſtens nur eine Forderung hervorgeht.

b. Es kann Jemand aber auch in ſeinem letzten Willen einem Andern irgend ein einzelnes dingliches Recht verleihen, dergeſtalt, daß es für den Erwerb dieſes Rechts nicht erſt einer Leiſtung bedarf, weder von Seiten des Erben, noch auch von Seiten irgend eines Dritten. So z. B. wenn Jemand das Eigenthum einer ihm ſelbſt gehörigen Sache zum Gegenſtande eines Vermächtniſſes macht, oder wenn er an einer ihm gehörigen Sache einem Andern mittelſt eines Vermächtniſſes eine Servitut verleihet. Aus der Statthaftigkeit dieſer zweiten Gattung aber ergibt ſich der wichtige Satz: Durch die geſetzliche Forderung univerſeller Succeſſion iſt dem Erblaſſer keinesweges die Befugniß genommen, Einzelnes von dieſer univerſellen Succeſſion auszuſchließen.

Aber im vorjuſtinianiſchen Rechte gab es nun auch in Beziehung auf die Form der Anordnung zwei von einander weſentlich verſchiedene Gattungen:

a. Hatte der Verſtorbene das Vermächtniß befehlsweiſe angeordnet, ſo bezeichnete man daſſelbe mit dem Ausdruck **Legatum**, und denjenigen, zu deſſen Gunſten es angeordnet war, nannte man **Legatarius**.

b. Hatte dagegen der Erblaſſer ſeinen Willen nicht befehlsweiſe ausgedrückt, ſo nannte man das Vermächtniß **Fideicommissum** [1]), und denjenigen, zu deſſen Vortheil es gereichen ſollte, **Fideicommissarius**. Beide Gattungen von Vermächtniſſen unterſchieden ſich nicht blos dem Namen, ſondern auch dem Rechte nach. Im Juſtinianiſchen Rechte iſt der Unterſchied größtentheils aufgehoben, wie wir in der Folge ſehen werden.

2. Nach Römiſchem Rechte kann Jemand in ſeinem letzten

1) Ulp. XXIV. §. 1. XXV. §. 1.

Willen ſeine Sclaven manumittiren. Die teſtamentariſche Manumiſſion macht eine eigne Gattung der Freilaſſungen aus [2]). Eine ſolche teſtamentariſche Manumiſſion kommt mit dem Vermächtniß von dinglichen Rechten darin überein, daß auch durch ſie ein Gegenſtand des Nachlaſſes, nämlich das Eigenthum an den freigelaſſenen Sclaven, von der univerſellen Succeſſion des Erben ausgeſchloſſen wird. Für uns iſt die ganze Lehre von der Manumiſſion, und ſonach alſo auch die Theorie der teſtamentariſchen Manumiſſion unpraktiſch.

3. Jemand kann in ſeinem letzten Willen unter gewiſſen Vorausſetzungen anderen Perſonen einen Vormund beſtellen. Es gibt eine testamentaria tutela, und ein im Teſtamente ernannter Curator kann unter gewiſſen Vorausſetzungen wenigſtens auf obrigkeitliche Beſtätigung rechnen. — S. §. 749. §. 771.

Alle bisher erwähnten letztwilligen Dispoſitionen, Erbeseinſetzungen, Vermächtniſſe, teſtamentariſche Manumiſſionen, Ernennung eines Vormundes kommen darin überein, daß Jemanden durch ſie ein Recht verliehen wird. Wie aber Jemand in ſeinem letzten Willen Rechte geben kann, ſo kann er auch Rechte nehmen. In der Regel jedoch gilt dieſes nur von ſolchen Rechten, welche er ſelbſt verliehen, ſelbſt angeordnet hat, dergeſtalt, daß das Nehmen nur ein Zurücknehmen iſt. So kann namentlich Jemand einem Andern ein Vermächtniß gegeben, oder ſeine Sclaven teſtamentariſch manumittirt haben, und in einer ſpäteren letztwilligen Verfügung widerruft er dieſe Dispoſition. In beiden Beziehungen kommen die Ausdrücke Adimere und Ademtio vor. Es gibt eine Ademtio legati und eine Ademtio libertatis, wie es eine Datio legati und Datio libertatis gibt. Ebenſo kann Jemand die letztwillige Ernennung eines Vormundes widerrufen. Eine ganz beſondere Bewandtniß hat es aber mit der Erklärung, daß Jemand nicht Erbe ſein ſoll. Die techniſchen Ausdrücke dafür ſind: Exheredare, aliquem exheredem scribere, Exheredatio; enter=

2) Von dieſer Art der Freilaſſung handeln in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern eigene Titel, in den Dig. XL, 4. De manumissis testamento, im Cod. VII, 2. De testamentaria manumissione.

ben, Enterbung. Eine Erklärung dieſer Art kann in einer zweifachen Beziehung vorkommen:

a. Es kann Jemand einen Andern zum Erben eingeſetzt haben, und hinterdrein die Erbeseinſetzung zurücknehmen, gerade wie ein Vermächtniß zurückgenommen werden kann.

b. Aber die Exheredation kann auch auf die Weiſe vorkommen, daß darin gar keine Zurücknahme einer früheren Inſtitution liegt. Es kann Jemand in ſeinem Teſtamente erklären, daß irgend ein Anderer, den er überall gar nicht zum Erben eingeſetzt hat, von ſeiner Erbſchaft ausgeſchloſſen ſein ſoll. Im Allgemeinen iſt eine ſolche Erklärung allerdings ohne Bedeutung, ſelbſt wenn ſie ſich auf ſolche Perſonen bezieht, welche ein geſetzliches Recht der Erbfolge haben. Denn hat Jemand andre Perſonen zu Erben ernannt, ſo ſind die Inteſtaterben ſchon dadurch ausgeſchloſſen, und es braucht nicht noch ausdrücklich hinzugefügt zu werden, daß der Inteſtaterbe die Erbſchaft nicht haben ſoll. Hat Einer aber Niemanden zum Erben eingeſetzt, ſo iſt die bloße Erklärung, daß der Inteſtaterbe ihn nicht beerben ſoll, ohne alle Wirkung. Allein in Beziehung auf gewiſſe Inteſtaterben iſt es anders. Dieſe von der Erbſchaft auszuſchließen, dazu iſt es allein noch nicht hinreichend, daß man andre Perſonen zu Erben einſetzt, und da erſcheint denn die Exheredation nicht als etwas Leeres und Bedeutungsloſes, wie wir zu ſeiner Zeit ſehen werden.

Alle dieſe verſchiedenen Arten letztwilliger Verfügungen nun, von denen hier die Rede geweſen iſt, ſtehen, wie ſchon bemerkt, mit der Erbfolge in Verbindung. Daraus folgt jedoch keineswegs, daß in dem Erbrechte von ihnen allen ex professo gehandelt werden müßte. Daß die Lehre von der Exheredation ihre Stelle nur in dem Erbrecht finden kann, verſteht ſich allerdings von ſelbſt. Sie muß da bei der Lehre von der Erbeseinſetzung abgehandelt werden. Und ebenſo wird die Lehre von der Verleihung und Zurücknahme der Vermächtniſſe im Erbrecht ex professo vorgetragen. Es findet ſich in dem Syſtem des Privatrechts keine andre Stelle, an welcher dieſe Lehre im Zuſammenhange abgehandelt werden könnte. Dagegen kann die Lehre

von der letztwilligen Beſtellung eines Vormundes in dem Erbrecht nur auf eine beiläufige Erwähnung Anſpruch machen. Sie ſteht in einem zu genauen Zuſammenhange mit den allgemeinen Grundſätzen von der Vormundſchaft, als daß ſie von der Darſtellung dieſer Grundſätze getrennt werden könnte. Daher wird denn von der letztwilligen Beſtellung eines Vormundes ex professo nicht im Erbrecht, ſondern im Familienrecht gehandelt. (S. §. 749.) Dieſes thun wir nicht nur heutiges Tages, ſondern in unſern Quellen ſelbſt findet ſich dieſe Anordnung [3]. Eine ganz ähnliche Bewandtniß hat es mit der teſtamentariſchen Manumiſſion.

Zuletzt muß ich noch mit ein paar Worten der Mortis causa donatio und der Mortis causa capio erwähnen. Die erſtere wird allerdings in manchen Beziehungen nach den Grundſätzen der Legate beurtheilt, aber ſie bleibt deſſen ungeachtet immer ein Vertrag, und es ſcheint daher am zweckmäßigſten, ſie bei der Lehre von den Schenkungen überhaupt abzuhandeln, welcher wir heutiges Tages im Obligationenrechte ihre Stelle anzuweiſen pflegen [4]. (S. §. 543.) Unter Mortis causa capio wird verſtanden: jeder Erwerb, der Jemanden durch den Tod eines Andern zu Theil wird, ohne daß es dafür einen eignen techniſchen Namen gäbe. Daher gehört nicht unter dieſen Begriff der Erwerb durch Beerbung, oder vermittelſt eines Vermächtniſſes, oder vermittelſt einer Schenkung von Todeswegen [5]. Wohl aber gehört unter unſern Begriff z. B. dasjenige, was Jemand von einem Erben, oder einem Legatar Conditionis implendae causa erhält [6]. Die Mortis causa capiones haben übrigens keine eigne Theorie, und es kann ihrer daher im Erbrechte nur gelegentlich Erwähnung geſchehen.

3) In den Inſtitutionen wird von der teſtamentariſchen Tutel in den Titeln I, 13. u. 14. gehandelt, während das Erbrecht erſt II, 10. anhebt. In den Pandekten handelt de testamentaria tutela Tit. XXVI, 2., während das Erbrecht erſt Tit. XXVIII, 1. anfängt; im Coder iſt der Titel de testamentaria tutela V, 28., das Erbrecht beginnt erſt im Buch VI.

4) Auch in den Quellen ſteht die Schenkung von Todeswegen bei der Schenkung unter Lebendigen. Siehe Tit. I. d. donationib. II, 7., desgleichen Tit. D. d. M. C. D. XXXIX, 6. und Tit. Cod. d. M. C. D. VIII, 57.

5) L. 31. pr. D. d. M. C. D. XXXIX, 6.

6) L. 31. §. 2. L. 38. D. eod.

II. Von letztwilligen Erklärungen. (§. §. 784–827.)

§. 784.

A. Von dem Unterſchiede zwiſchen Teſtamenten und Codicillen.

Man theilt die letzten Willenserklärungen in Teſtamente und Codicille ein. Der Unterſchied beider liegt theils in dem Inhalte, theils in der bei der Errichtung zu beobachtenden äußern Feierlichkeit.

Jede letztwillige Erklärung, welche eine Erbeseinſetzung enthält, iſt, ihrem Inhalte nach, ein Teſtament zu nennen. Aber der Inhalt iſt es nicht allein, worauf es bei einem Teſtamente ankommt. Die Erbeseinſetzung erfordert zu ihrer Gültigkeit eine gewiſſe äußerliche Feierlichkeit. Und ſo gehört, daß dieſe beobachtet ſei, mit zum Begriff eines Teſtaments. Die Heredis institutio iſt das Charakteriſtiſche des Teſtaments in materieller, die Beobachtung von gewiſſen äußerlichen Feierlichkeiten aber in formeller Beziehung. Die Erbeseinſetzung iſt der nothwendige Inhalt des Teſtaments — eine letztwillige Erklärung ohne Erbeseinſetzung iſt kein Teſtament. Aber neben der Erbeseinſetzung kann in einem Teſtamente auch noch alles Uebrige vorkommen, was irgend Gegenſtand und Inhalt einer letztwilligen Erklärung überhaupt ſein kann. — Uebrigens wird die Handlung der Teſtamentserrichtung ſo bezeichnet: testari, testamentum facere, ordinare, auch wohl condere, scribere.

Dagegen wird nun jede letztwillige Erklärung, welche keine Erbeseinſetzung enthält, von unſern heutigen Juriſten mit dem Ausdrucke Codicillus, Codicill bezeichnet.

Den Römiſchen Juriſten, wenigſtens den claſſiſchen, fehlte es an einem eigenthümlichen techniſchen Ausdrucke, der jede Art letztwilliger Erklärungen, außer dem Teſtament, unter ſich begriffen hätte. Zwar ſprachen auch ſie ſehr häufig von Codicillen, aber ſie nehmen den Ausdruck in viel beſchränkterem Sinne. Unter Codicilli verſtanden ſie: eine ſchriftliche letztwillige Erklärung, abgefaßt in der Form eines Briefes, der dann meiſtens,

wiewohl nicht immer, an den dereinſtigen Erben gerichtet wurde. Es war dieſes nämlich die Form, deren die Römer ſich da am häufigſten bedienten, wo ſie gerade kein Teſtament machen woll-ten. Und daher pflegen die Römiſchen Juriſten, wenn ſie von letztwilligen Erklärungen ſprechen, die keine Teſtamente ſind, vorzugsweiſe gerade dieſe Species zu nennen.

Nach früherem Rechte nun bedurfte es bei letztwilligen Er-klärungen, die keine Teſtamente waren, gar keiner Feierlichkeit. Nach neuerem Recht aber verhält es ſich anders; da bedarf es, der Regel nach, ebenfalls einer gewiſſen Feierlichkeit, aber dieſe iſt eine geringere, als bei Teſtamenten.

B. Von den Subjecten letztwilliger Erklärungen. (§ §. 785—793.)

§. 785.

A. An und für ſich.

Jede letztwillige Erklärung ſetzt natürlicher Weiſe voraus, daß Jemand da ſei, der ſie abgibt. Dieſer wird der Teſtator genannt, auch wenn die letztwillige Erklärung nicht gerade ein Teſtament iſt. Ferner kommt in Betracht die Perſon desjenigen, dem durch die letztwillige Verfügung ein Recht verliehen wird, inſonderheit ein Vortheil zugewandt, der dadurch bedacht wird. Der allgemeine Ausdruck dafür iſt: der Honorirte. Bei Ver-mächtniſſen kommt außer dem Teſtator und dem Honorirten je-derzeit noch eine dritte Perſon vor, nämlich die Perſon desjeni-gen, auf deſſen Koſten der Legatar, oder Fideicommiſſar etwas erhalten ſoll; dieſen nennt man den Onerirten, den Gra-virten, den Belaſteten. — Endlich erfordert nun aber auch die bloße Form, die bloße Feierlichkeit, welche bei Errichtung eines letzten Willens beobachtet werden muß, die Zuziehung ge-wiſſer Perſonen, wohin namentlich die Zeugen gehören.

Was nun aber die Fähigkeit betrifft, die eine, oder die andere dieſer Perſonen vorzuſtellen, ſo erſpare ich das Nähere darüber, wer als Zeuge zugezogen, und wer mit einem Ver-

mächtniſſe belaſtet werden könne, für die Hauptausführung. Hier ſollen zunächſt nur folgende Fragen beantwortet werden:

1. Wer iſt fähig eine letztwillige Erklärung abzugeben? Dieſe Frage können wir auch ſo ausdrücken: Wer iſt fähig ein Teſtament zu errichten? denn die Fähigkeit zur Errichtung von Codicillen beruht auf denſelben Grundſätzen, wie die Fähigkeit zur Errichtung eines Teſtaments.

2. Wer iſt fähig, in einem letzten Willen honorirt zu werden? Wobei ich im Voraus bemerken will, daß, im Allgemeinen wenigſtens, die Fähigkeit, zum Erben eingeſetzt zu werden, und die Fähigkeit, mit Vermächtniſſen bedacht zu werden, nach gleichen Grundſätzen zu beurtheilen ſind.

Dieſe beiden Fragen ſind es, welche hier zunächſt berückſichtigt werden ſollen; ich ſage zunächſt, denn beiläufig wird allerdings des Zuſammenhangs halber auch hier ſchon Einiges erwähnt werden müſſen, was ſich auf die Fähigkeit zum Zeugniſſe bezieht.

Uebrigens iſt es nothwendig, der Beantwortung der aufgeworfenen Fragen im Einzelnen eine Einleitung vorauszuſchicken, in welcher von der Testamenti factio und von der Capacitas gehandelt werden ſoll. §. §. 786. 787. §. 788.

B. In Hinſicht der erforderlichen Fähigkeit. (§. §. 786—793.)

a. Einleitung. (§. §. 786—788.)

α. Von der Testamenti factio.

§. 786.

a. Begriff.

Die Bedeutung, in der unſere neueren Juriſten den Ausdruck Testamenti factio zu gebrauchen pflegen, iſt dieſe: Sie verſtehen darunter theils die Fähigkeit, ein Teſtament zu errichten, theils die Fähigkeit, in dem Teſtamente eines Andern bedacht zu werden. Und dieſem gemäß unterſcheiden ſie nun zwiſchen Testamenti factio activa und Te-

stamenti factio passiva. Unter jener verſtehen ſie das Jus testamenti faciendi, und unter dieſer die Fähigkeit, zum Erben eingeſetzt, oder mit einem Vermächtniſſe bedacht zu werden. Den Römern iſt die zuletzt erwähnte Terminologie fremd, ich meine die Ausdrücke Testamenti factio activa und passiva. Sie ſprechen immer nur von Testamenti factio ſchlechthin. Ueberdies aber werden wir ſehen, daß die eigentliche techniſche Bedeutung dieſes Ausdrucks bei ihnen eine andere iſt, als bei unſern neueren Juriſten. Es wird dadurch nur Eines unter den mehren Erforderniſſen bezeichnet, worauf die Fähigkeit, ein Teſtament zu errichten, oder darin bedacht zu werden, beruht, und inſofern iſt der Begriff ein engerer, als derjenige, welchen unſere heutigen Juriſten mit dem Worte verbinden. Auf der andern Seite aber reicht der Römiſche Begriff weiter, indem er nicht bloß angewandt wird auf die Perſon des Teſtators und auf die Perſon desjenigen, der im Teſtamente bedacht werden ſoll, ſondern eben ſo auch auf diejenigen Perſonen, welche nur der Form wegen bei der Errichtung eines Teſtaments zugezogen werden. Die Sache nämlich iſt dieſe:

Es iſt allerdings nicht zu läugnen, daß der Ausdruck Testamenti factio in einigen Stellen weiter nichts heißt, als was die gewöhnliche Bedeutung der Worte, woraus er zuſammengeſetzt iſt, unmittelbar mit ſich bringt — nämlich die Errichtung eines Teſtaments [1]). Sodann muß man ferner zugeben, daß der Ausdruck in einigen andern Stellen als gleichbedeutend mit Jus testamenti faciendi vorkommt, daß er da alſo die Befugniß, ein Teſtament zu errichten, bezeichnet, und zwar in ihrem ganzen Umfange, dergeſtalt, daß er außer der juriſtiſchen Fähigkeit, welche jene Befugniß vorausſetzt, auch die dazu nöthige natürliche Fähigkeit und das Erforderniß eines Vermögens, über welches teſtirt werden kann, in ſich begreift. Kurz der Ausdruck

1) Siehe Ulp. XVI. §. 1. und L. 1. pr. D. d. testament. milit. XXIX, 1.: wenn in dieſer letzteren Stelle geſagt wird, Julius Caeſar habe zuerſt den Soldaten liberam testamenti factionem gegeben, ſo ſoll das ſo viel heißen: Er zuerſt befreiete ſie von der Nothwendigkeit, die über die Errichtung der Teſtamente geltenden Vorſchriften zu beobachten.

bezeichnet in einigen Stellen dasjenige, was die Neueren Testamenti factio activa nennen [2]).

Aber wo der Ausdruck in ſeiner eigentlich techniſchen Bedeutung gebraucht wird, da liegt der Römiſche Begriff des Commercium zum Grunde. Unter Commercium nämlich im engern Sinne des Worts verſtanden die Römer die juriſtiſche Fähigkeit zu gewiſſen eigenthümlichen Römiſchen Vermögensverhältniſſen, und zur Theilnahme an den auf die Begründung dieſer Verhältniſſe abzweckenden feierlichen Handlungen. Dieſes Commercium nun, gedacht in ſeiner beſondern Beziehung auf die Errichtung eines Teſtaments, das iſt es, was die Römer Testamenti factio nennen, da, wo ſie den Ausdruck in ſeiner eigentlich techniſchen Bedeutung gebrauchen. Und ſonach werden wir alſo ſagen können: Testamenti factio bezeichnet die juriſtiſche Fähigkeit, zu einem Römiſchen Teſtamente in den verſchiedenen dabei in Betracht kommenden Beziehungen zu ſtehen. Daher wird denn nun Testamenti factio beigelegt:

1. Demjenigen, welcher die juriſtiſche Fähigkeit beſitzt, ſelbſt auf Römiſche Weiſe ein Teſtament zu errichten [3]).

2. Demjenigen, welcher juriſtiſch fähig iſt, bei dem Römiſchen Teſtamente eines Andern die Stelle einer derjenigen Perſonen zu vertreten, welche der Feierlichkeit halber zugezogen werden müſſen [4]).

3. Demjenigen, welcher die juriſtiſche Fähigkeit beſitzt, in einem Römiſchen Teſtamente zum Erben eingeſetzt, oder mit einem Vermächtniſſe bedacht zu werden [5]).

Noch iſt in Hinſicht des Sprachgebrauchs zu bemerken: die Römer bedienen ſich, wenn ſie ſagen wollen, daß Jemand im Beſitz der Testamenti factio ſei, nicht bloß des Ausdruckes

2) a. L. 8. §. 3. D. d. jur. codicillor. XXIX, 7. — b. L. 1. §. 8. D. d. B. P. sec. tab. XXXVII, 11. L. 3. C. qui testam. fac. poss. VI, 22. — Vergl. auch Gaj. II. §. 114. III. §. 72.

3) Den Beweis enthalten die unter Note 2. angeführten Stellen.

4) Ulp. XX. §. §. 2. 8. — L. 18. pr. D qui testam. fac. poss. XXVIII, 1.

5) Ulp. XXII. §. 2. §. 24. I. d. legat. II, 20. L. 16. D. qui testam. fac. poss. L. 4. D. pro hered. XLI, 5.

»habet testamenti factionem«, ſondern in der zweiten und dritten der eben angegebenen Beziehungen drücken ſie ſich auch ſo aus: »cum eo testamenti factio est«[6]).

§. 787.

b. Bedingungen.

Aber, wer hat denn nun jene juriſtiſche Fähigkeit, welche durch den Ausdruck Testamenti factio angedeutet wird? Auf welche Perſonen alſo läßt der eben aufgeſtellte Begriff ſich anwenden? Hierauf iſt nach Juſtinianiſchem Rechte im Allgemeinen die Antwort dieſe:

1. Jeder Freie hat Testamenti factio, ſobald er Civis iſt, wogegen ein Freier, welchem die Civität fehlt, der Testamenti factio ermangelt. Und zwar gilt dieſes letzte nicht nur von dem eigentlichen Ausbürger, ſondern auch von jedem Einheimiſchen, welcher zur Strafe die Civität verloren hat, wie dieſes bei dem Deportirten der Fall iſt [1]).

2. Nur zum Verſtändniß der Quellen führe ich an, daß auch dem Sclaven eines Solchen, welcher Testamenti factio hat, dieſe inſofern zugeſchrieben wird, als er ſeinen Herrn zu repräſentiren im Stande iſt. Eine ſolche Repräſentation findet jedoch nur zu dem Behufe Statt, um aus dem Teſtamente eines Andern etwas zu erwerben. Daher kann der Sclave eines Solchen, welcher im Beſitz der Testamenti factio iſt, gültiger Weiſe zum Erben eingeſetzt, oder mit einem Vermächtniſſe bedacht werden, aber er kann weder ſelbſt teſtiren, noch bei dem Teſtament eines Andern Zeugen Stelle vertreten [2]).

6) Die in den Noten 2 – 5 angeführten Stellen enthalten Beiſpiele beider Arten des Ausdrucks.

1) L. 8. §. §. 1. 2. D. qui testam. fac. poss. XXVIII, 1. L. 1. C. d. hered. inst. VI, 24.

2) §. 4. I. d. hered. qual. et differ. II, 19. »Testamenti autem factionem non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest: sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii acquirere, licet non potest facere testamentum. Et ideo furiosus, et mutus, et postumus, et infans, et filiusfamilias, et servus alienus testamenti factionem habere dicuntur: licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamento vel sibi, vel aliis acquirere possunt.« Vergl. L. 31. pr. D. d. hered. inst. XXVIII, 5. L. 12. §. 2. D. d. legat. I. L. 20. §. 7. D. qui testam. fac. poss. XXVIII, 1.

So lautet nun die Antwort auf unſere Frage im Allgemeinen. Allein jener erſte Satz: Jeder Civis hat Testamenti factio, iſt nicht ohne Ausnahmen; es gibt Cives, die von der Regel ausgenommen ſind, die alſo der Testamenti factio entbehren, entweder überhaupt, oder doch in gewiſſen Beziehungen. Nämlich:

1. ſind ausgenommen, und zwar in allen Beziehungen, die Apoſtaten, und gewiſſe Arten von Ketzern[3]). (S. oben §. 51. *a*)

2. Eine zweite Ausnahme tritt ein bei denjenigen, welche Lege intestabiles ſind. Unter dieſem Ausdrucke werden ſolche Perſonen verſtanden, welche, obſchon nicht unfähig zum Zeugniß überhaupt, doch, und zwar zur Strafe, dazu wenigſtens juriſtiſch unfähig ſind, bei feierlichen Handlungen Zeugen Stelle zu vertreten. Dergleichen Perſonen wurden anfangs bei Teſtamenten nur nicht als Zeugen zugelaſſen, ſpäterhin aber nahm man an, daß auch ihnen in Bezug auf Teſtamente kein Anderer Zeugniß ablegen könne[4]). Daher iſt der Intestabilis auch dazu unfähig, ſelbſt ein Teſtament zu errichten[5]), und eben ſo kann er auch nach Juſtinianiſchem Rechte nicht zum Erben eingeſetzt werden. Uebrigens werden im Juſtinianiſchen Rechte als Intestabiles nur diejenigen bezeichnet, die eines Paſquills halber verurtheilt ſind[6]). Andere Beiſpiele kommen nicht vor.

3. Ferner ſind von der Regel ausgenommen Prodigi, diejenigen alſo, welche gerichtlich für Verſchwender erklärt ſind. Solche Perſonen können weder ſelbſt ein Teſtament errichten, noch auch bei dem Teſtament eines Andern Zeugen Stelle vertreten. In dieſen beiden Beziehungen fehlt ihnen die Testamenti factio; dagegen entbehren ſie der Fähigkeit, in dem Teſtament eines Andern bedacht zu werden, keineswegs. Sie können zu Erben eingeſetzt werden, es kann ihnen ein Vermächt-

3) a. L. 3. C. d. apostat. I, 7. b. L. 4. §. §. 2. 5. L. 21. C. d. haeretic. I, 5.

4) L. 26. D. qui testam. fac. poss. XXVIII, 1. »Cum lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinet, ne ejus testimonium recipiatur, et eo amplius, ut quidam putant, neve ipsi dicatur testimonium.«

5) L. 18. §. 1. D. eod.

6) cit. L. 18. §. 1. D. eod.

niß hinterlaſſen werden. In dieſer Beziehung alſo haben ſie Testamenti factio [7]).

4. Perſonen *weiblichen Geſchlechts* entbehren im Uebrigen der Testamenti factio keineswegs, nur Zeugen zu ſein bei dem Teſtament eines Andern, dazu ſind ſie juriſtiſch unfähig [8]). Der Grund iſt dieſer: Frauen werden der Theilnahme an feierlich rechtlichen Handlungen nur inſofern für fähig geachtet, als entweder das öffentliche Intereſſe, oder ihr eignes Vermögensintereſſe es erheiſcht. Das öffentliche Intereſſe nun iſt hier überall gar nicht im Spiel, das eigne Intereſſe der Frau aber iſt darauf beſchränkt, ſelbſt ein Teſtament errichten und in dem Teſtamente eines Andern bedacht werden zu können. Und dazu ſind denn nun auch Frauen eben ſowohl fähig, wie Männer. Dagegen bei einem fremden Teſtamente Zeugen Stelle zu vertreten, das iſt etwas, was, im Allgemeinen wenigſtens, außer dem Bereich des eignen Vermögensintereſſe liegt, und daher ſind Frauen dazu unfähig. Vergl. §. 37.

5. Es gibt Perſonen, welche *zur Strafe für begangene Verbrechen*, deren ſie ſchuldig erkannt worden, juriſtiſch *zum Zeugniß ſchlechthin unfähig* ſind, und daher auch bei einem Teſtamente Zeugen Stelle nicht vertreten können [9]). Uebrigens unterſcheiden ſich die Perſonen, von welchen hier die Rede iſt, von den Lege intestabiles unter Nr. 2. weſentlich dadurch: zum Zeugniß ſind ſie ſchlechthin unfähig, nicht bloß in Beziehung auf feierliche Handlungen. Dagegen iſt nun aber auch ihre Unfähigkeit allein auf das Zeugniß beſchränkt, und ſo können ſie nicht nur ſelbſt teſtiren, ſondern auch in dem Teſtamente eines Andern zu Erben eingeſetzt werden.

7) a. L. 18. pr. D. eod. §. 2. I. quib. non est permiss. II, 12. §. 6. I. d. testam. ordin. II, 10. b. L. 5. §. 1. D d. A. v. O. H. XXIX, 2. — Vergl. Ulp. XX. §. 13., wo es heißt, der Prodigus könne kein Teſtnment errichten: »quoniam *commercio* illi interdictum est, et ob id *familiam mancipare* non potest.«

8) L. 20. §. 6. D. qui test. fac. XXVIII, 1. cit. §. 6. I. d. testam. ord. II, 10.

9) S. L. 14. L. 15. pr. D. d. testib. XXII, 5. und oben §. 45. Note 4. Vergl. L. 20. §. 5. D. qui testam. fac. XXVIII, 1., woſelbſt nicht »posse« zu leſen iſt, wie der Cod. Florent. hat, ſondern »*non posse*«, wie andere Handſchriften haben.

6. Nach einer Conſtitution des Kaiſers Arkadius über die Strafe des Hochverraths [10]) ſoll dieſes Verbrechen noch an den Kindern geſtraft werden, unter andern dadurch, daß die Söhne eines Hochverräthers von Todeswegen überall gar nichts ſollen erhalten können — und ſo entbehren ſie der Testamenti factio, inwieweit dieſe ſich auf die Fähigkeit bezieht, in dem letzten Willen eines Andern honorirt zu werden. In Anſehung der Töchter iſt das Geſetz etwas milder, dieſe ſollen aus dem mütterlichen Vermögen den Pflichttheil erhalten dürfen.

7. Eine Wittwe, welche ſich vor Ablauf des Trauerjahres anderweitig verheirathet, ſoll unfähig ſein, aus dem letzten Willen eines Andern etwas zu erhalten, unfähig alſo, zur Erbin eingeſetzt, oder mit Vermächtniſſen bedacht zu werden [11]). In dieſer Beziehung verliert ſie alſo zur Strafe die Testamenti factio.

Nach heutigem Rechte verhält ſich die Sache ſo: Der Umſtand allein, daß Jemand ein Ausbürger iſt, macht ihn keineswegs unfähig, auf eine vollkommen gültige Weiſe zu teſtiren [12]). Eben ſo ſind Ausbürger fähig, bei dem Teſtamente eines Einheimiſchen Zeugen Stelle zu vertreten, desgleichen in einem ſolchen Teſtamente bedacht zu werden. Die Civität iſt alſo nicht mehr Grundbedingung der Testamenti factio, ſondern als Regel werden wir den Satz aufſtellen müſſen: Jeder überhaupt Rechtsfähige hat auch Testamenti factio. Die Ausnahmen aber ſind dieſelben, wie im Römiſchen Rechte, nur, daß dabei die im Canoniſchen Rechte enthaltenen Modificationen in Betracht kommen. Dieſes nämlich hat nach der Meinung Vieler, die auch ich für die richtige halte, Eine der vorhin angeführten Ausnahmen aufgehoben — ich meine diejenige, welche ſich auf Verletzung des Trauerjahrs gründet [13]). Auf der andern Seite hat nun aber das Canoniſche Recht zu den Römiſchen Ausnahmen auch Eine hinzugefügt: Offenbare Zins-

10) L. 5. C. ad leg. Jul. majestat. IX, 8.

11) L. 1. C. d. secund. nupt. V, 9. Nov. 22. c. 22.

12) Auth. Omnes peregrini C. communia d. success. VI, 59.

13) c. 4. c. 5. X. d. secund. nupt. IV, 21. Vergl. ob. §. 713. I, 1.

wucherer, manifesti usurarii, ſollen ſo lange unfähig ſein, ſelbſt ein Teſtament zu errichten, bis ſie die unerlaubter Weiſe erhobenen Zinſen reſtituirt, oder dieſer Reſtitution halber gehörige Sicherheit geleiſtet haben [14].

§. 788.

β. Von der Capacitas.

Der Begriff der Capacität wird häufig mit dem der ſogenannten Testamenti factio passiva verwechſelt. Er iſt damit aber keinesweges identiſch. Die Sache verhält ſich folgendermaßen:

Wenn Jemand, der in dem letzten Willen eines Andern zum Erben eingeſetzt, oder mit einem Vermächtniß bedacht iſt, die perſönliche Fähigkeit beſitzt, das ihm Hinterlaſſene wirklich zu erwerben, ſo ſagen die Römiſchen Juriſten von ihm, »eum capere posse«, »eum capacem esse.« Die Fähigkeit ſelbſt heißt Capacitas oder Jus capiendi.

Nach den Grundſätzen des ältern Civilrechts nun, vor der Zeit der claſſiſchen Juriſten, war dieſe perſönliche Fähigkeit zum Erwerbe durch weiter Nichts bedingt, als durch das Vorhandenſein der Testamenti factio. Dieſer, der Testamenti factio, bedurfte der Honorirte zur Zeit des errichteten letzten Willens, wenn anders die zu ſeinen Gunſten getroffene Anordnung nicht gleich von Anfang an als ungültig ſollte behandelt werden. Eben dieſer Testamenti factio bedurfte es, wenn ſpäter die Zeit des wirklichen Erwerbes herankam, damit dieſer von Statten gehen könnte, mehr aber ward nicht erfordert. In der Folge jedoch änderte ſich dieſes. Die Capacität wurde von noch manchen andern Vorausſetzungen abhängig gemacht, und da konnte es denn alſo leicht geſchehen, daß man Jemanden die Capacität abſprechen mußte, während es ihm an der erforderlichen Testamenti factio keineswegs fehlte; z. B. ein Unverheiratheter, ein Caelebs, hatte ſo gut Testamenti factio, wie ein Verheiratheter. Dennoch aber ſollte nach der Lex Julia et Papia Poppaea derjenige, den ein Fremder in ſeinem

14) c. 2. in VI. d. usur. V, 5.

Teſtamente zum Erben ernannt, oder mit einem Vermächtniß bedacht hätte, wenn er zur Todeszeit des Teſtators unverheirathet wäre, und auch nicht etwa in den nächſten hundert Tagen noch ſich verheirathete, das ihm Hinterlaſſene nicht erwerben können. Er war unter dieſen Umſtänden nicht capax. Und wie der Caelebs ganz und gar unfähig war des Erwerbes, ſo war die Capacität eines kinderloſen Mannes, eines Orbus, auf die Hälfte des ihm Hinterlaſſenen beſchränkt [1]).

Im Juſtinianiſchen Rechte nun fallen allerdings dieſe eigenthümlichen Bedingungen der Capacität hinweg, und es bedarf, wie in dem älteſten Rechte, für die Fähigkeit zum Erwerb wieder nur des Vorhandenſeins der Testamenti factio. Darum ſind nun aber doch, wie aus dem Bisherigen hervorgeht, die Begriffe, Capacitas und Testamenti factio, keineswegs identiſch.

b. Von der Fähigkeit zur Errichtung eines letzten Willens. (§. §. 789 — 791.)

† INST. II, 12. Quibus non est permissum facere testamentum. — † DIG. XXVIII, 1. Qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiant. — † COD. VI, 22. Qui testamenta facere possunt vel non.

§. 789.

α. Im Allgemeinen

beruhet das Jus testamenti faciendi auf folgenden drei Erforderniſſen:

1. auf der juriſtiſchen Fähigkeit, ein Teſtament zu errichten, oder, mit anderen Worten, auf dem Vorhandenſein der Testamenti factio, und zwar in dieſer beſtimmten Beziehung gerade. (S. §. §. 786. 787.)

2. auf der natürlichen Fähigkeit zu einer letzten Willenserklärung, und zwar zu einer Willenserklärung in der für Teſtamente nun einmal geſetzlich angeordneten Form. (§. 790.)

1) Ich verweiſe wegen der angeführten und mehrer anderer Beiſpiele auf: Gaj. II. §. §. 110. 111. 144. 275. 286. Ulp. XV. XVI. §. 1. XVII. §. 1. XXII. §. 3. XXV. §. 7.

3. auf dem Vorhandenſein eines eigenen zu freier Verfügung ſtehenden Vermögens. Außerdem fehlt es an dem erforderlichen Objecte. (§. 791.)

Dieſe Erforderniſſe müſſen vorhanden ſein ſchon in dem Augenblicke der Teſtamentserrichtung. Ein von einem Unfähigen errichtetes Teſtament wird dadurch nicht gültig, daß derjenige, von dem es herrührt, in der Folge etwa die erforderliche Fähigkeit erwirbt. Daher bleibt ein von einem Wahnſinnigen, oder von einem Unmündigen, oder von einem Filiusfamilias errichtetes Teſtament nach wie vor ungültig, wenn ſchon der Teſtator in der Folge den Gebrauch ſeines Verſtandes wieder erlangt, oder die Jahre der Mündigkeit erreicht, oder zu einem Paterfamilias wird [1]).

Ferner iſt zu bemerken: inwieweit das Jus testamenti faciendi auf dem Vorhandenſein eines beſtimmten Status beruhet, inſoweit iſt das allein noch keineswegs genug, daß der Teſtirer ſich in dem erforderlichen Status in der That befindet, er muß es auch wiſſen, er darf darüber nicht im Zweifel ſein [2]). Z. B.: der Vater ſtirbt in der Fremde; der Sohn teſtirt zwar erſt nach des Vaters Tode, aber zu einer Zeit, wo er von des Vaters Tode noch nicht unterrichtet iſt. Hier iſt das Teſtament nichtig [3]).

Dies über die hier in Betracht kommenden Erforderniſſe im Allgemeinen. Was das Einzelne betrifft, ſo kann ich wegen des erſten Erforderniſſes auf den §. 787. verweiſen. Ich brauche deshalb nur ganz kurz daran zu erinnern, daß zur Errichtung eines Teſtaments juriſtiſch unfähig ſind: Apoſtaten, gewiſſe Ketzer, die Lege Intestabiles, Prodigi, manifesti Usurarii. Was aber die beiden andern Erforderniſſe betrifft, ſo wird von denſelben in den beiden folgenden Paragraphen zu handeln ſein.

1) §. 1. I. h. t. L. 19. D. eod.
2) L. 15. D. h. t. »De statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt.«
3) Ulp. XX. §. 11. L. 14. D. h. t. L. 1. pr. D. d. legat. III.

β. Insbeſondere:

§. 790.

a. Von den zur Errichtung eines letzten Willens erforderlichen natürlichen Eigenſchaften.

Der Teſtator muß erſtens eines gehörig überlegten Willens fähig ſein. Er muß zweitens im Stande ſein, dieſen ſeinen Willen zu äußern, und zwar in der durch das Geſetz vorgeſchriebenen Form.

Was jene erſte Bedingung betrifft, ſo fehlt ſie

1. bei dem Wahnſinnigen. Dieſer kann nicht teſtiren, weil er überhaupt alles vernünftigen Wollens unfähig iſt [1]). Eine Ausnahme findet bei demjenigen Statt, der lichte Augenblicke hat [2]). Wie der Wahnſinnige unfähig iſt, ſo auch der Blödſinnige.

2. Sind unfähig die Unmündigen, **Impuberes** [3]), ſelbſt wenn ſie **Infantia majores** ſind, denn auch bei dieſen läßt ſich der Grad der Ueberlegung, welchen eine letztwillige Anordnung fordert, nicht wohl vorausſetzen. Beſonders zu bemerken iſt noch, daß der Unmündige nicht einmal unter dem Beiſtande ſeines Tutors teſtiren kann. Uebrigens wird der Zeitpunkt der Mündigkeit, inwiefern es auf die Fähigkeit zur Errichtung eines Teſtaments ankommt, alſo der Zeitpunkt der Teſtamentsmündigkeit, wie man zu ſagen pflegt, jederzeit **civiliter** berechnet [4]).

Rückſichtlich jener zweiten Bedingung kommt Folgendes in Betracht: Die Errichtung eines Teſtaments ſetzt die Fähigkeit voraus, ſeine Gedanken durch Worte zu erklären, ſo daß Niemand zu teſtiren fähig iſt, der weder ſprechen, noch ſchreiben kann, wenigſtens Eines von Beiden iſt nothwendig. Das ältere Recht indeſſen forderte noch mehr. Der Teſtator mochte den eigentlichen Inhalt ſeines letzten Willens mündlich erklären

1) **L. 16. §. 1. D. h. t.**
2) **§. 1. I. h. t. L. 9. C. h. t.**
3) **cit. §. 1. I. h. t. L. 19. D. h. t. L. 4. C. h. t.**
4) **L. 5. D. h. t.** Vergl. über die Beſchaffenheit der hier eintretenden Berechnungsweiſe, inſonderheit über dieſe Stelle, oben §. 200.

wollen, oder er mochte ihn ſchriftlich aufgeſetzt haben, in einem wie in dem andern Falle brachte die geſetzliche Form des Teſtaments mit ſich, daß er ſelbſt gewiſſe feierliche Worte ſprechen, und zugleich im Stande ſein mußte, diejenigen Worte zu vernehmen, welche ſeiner Seits der Familiae emtor zu ſagen hatte. In regelmäßiger Form konnte daher der Taube ſo wenig, wie der Stumme ein Teſtament errichten [5]). Deshalb bedurfte, wer an dem einen, oder dem andern Gebrechen litt, oder gar an beiden, immer erſt einer beſondern Erlaubniß von Seiten des Princeps, durch die ihm geſtattet wurde, ſeinen letzten Willen mit Hintanſetzung der geſetzlichen Form zu erklären [6]). Nur der Soldat bedurfte nicht erſt ſolcher beſondern Erlaubniß, ihm kam das allgemeine Privilegium ſeines Standes zu Statten [7]). Im Juſtinianiſchen Rechte fällt nun aber jene ältere Förmlichkeit weg, und es wird weiter nichts erfordert, als daß der Teſtator ſich wörtlich erklären könne, es geſchehe dieſes nun mündlich, oder ſchriftlich. Der Beſitz des Gehörs iſt durchaus kein weſentliches Erforderniß mehr [8]). Die Regel des Juſtinianiſchen Rechts iſt daher der Regel des ältern Rechts entgegengeſetzt; der Stumme und der Taube hat im Allgemeinen die Fähigkeit, zu teſtiren, und nur in einzelnen Fällen iſt es ausnahmsweiſe anders, ſo bei einem Stummen, der nicht ſchreiben kann [9]). Es iſt ein Verſehen der Juſtinianiſchen Compilatoren, daß ſie Stellen, die noch auf das ältere Recht in dieſer Materie hinweiſen, in die Pandekten aufgenommen haben. Als Reſultat ergibt ſich daher der Satz, daß nur derjenige ein Teſtament errichten könne, welcher ſprechen, oder ſchreiben kann. Die Richtigkeit dieſes Satzes wird auch, und zwar ausdrücklich, in den Reichsgeſetzen anerkannt [10]).

Zum Beſchluß muß ich noch Folgendes bemerken: Wenn

5) Ulp. XX. §. 13. »Mutus, surdus .... testamentum facere non possunt: mutus quoniam verba nuncupationis loqui non potest; surdus quoniam verba familiae emtoris exaudire non potest.« Vergl. L. 6. §. 1. D. h. t. L. 16. pr. D. eod.

6) L. 7. D. h. t.

7) L. 4. D. d. testam. milit. XXIX, 1.

8) L. 10. C. h. t.

9) §. 3. I. h. t.

10) Notariatsordn. 1572. Tit. II. V. Teſtam. §. 4.

ich geſagt habe, daß die Errichtung eines Teſtaments die Fähigkeit einer *wörtlichen* Erklärung auch noch im neueren Rechte vorausſetze, ſo hat dieſes zunächſt ſeinen Grund darin, daß auch nach neuerem Rechte die Erbeseinſetzung eine ausdrückliche Erklärung erfordert, worauf ich im §. 801. zurückkommen werde; dagegen Vermächtniſſe erfordern nicht gerade eine ausdrückliche Erklärung, und daher ſollte man meinen, daß in Beziehung auf dieſe die Fähigkeit zu einer wörtlichen Erklärung nicht nothwendig ſei. Geſagt wird dieſes indeſſen in unſern Quellen nirgends.

§. 791.

b. Von dem Erforderniſſe eines eignen, zu freier Verfügung ſtehenden Activ-Vermögens.

Es iſt gerade nicht nothwendig, daß ein reines Vermögen vorhanden ſei, aber es darf doch dasjenige, was vorhanden iſt, nicht lediglich und allein aus Schulden, aus Passivis beſtehen. Und ferner muß dieſes eigne Vermögen auch *zur freien Verfügung* desjenigen ſtehen, der darüber ſoll teſtiren können; er muß wenigſtens von Todeswegen darüber disponiren können.

Auf dieſen Grundſätzen nun beruhet es, wenn *Kinder unter väterlicher Gewalt* zur Errichtung eines Teſtaments unfähig ſind. Nach *älterem* Rechte waren ſie dazu ſchlechthin unfähig, und zwar deshalb, weil ſie ein eignes Activ-Vermögen gar nicht haben konnten [1]. Aber ſelbſt nach *neuerem* Rechte iſt es wenigſtens Regel, daß Kinder unter väterlicher Gewalt zur Errichtung eines Teſtaments unfähig ſind, dergeſtalt, daß ſelbſt die etwaige Zuſtimmung des Vaters in der Sache nichts ändert [2]. Nämlich: ungeachtet nach neuerem Rechte Kinder unter väterlicher Gewalt eignes Activ-Vermögen haben können, ſo haben ſie doch in der Regel keine freie Disposition darüber. Aber es gibt Ausnahmen von dieſer Regel:

1. Wenn ein Kind unter väterlicher Gewalt ein Castrense

1) Ulp. XX, 10. »Filiusfamilias testamentum facere non potest, quoniam *nihil suum* habet, ut testari de eo possit.«

2) pr. I. h. t. L. 6. pr. D. eod.

peculium hat (ſ. §. 730.), ſo bildet dieſes nicht nur ein eignes Vermögen des Kindes, ſondern das Kind wird hinſichtlich deſſelben überhaupt einem Paterfamilias gleich geachtet, es hat die unbeſchränkte Diſpoſition darüber und ſomit kann es darüber auch teſtiren. So war es ſchon vor Juſtinian[3].

2. Kommt in Betracht das Peculium quasi castrense (ſ. §. 731.). Die Theorie dieſes Peculium hat ihre vollſtändige Ausbildung erſt durch Juſtinian erhalten. Und ſo hat denn auch namentlich erſt Juſtinian allen und jeden Filiisfamilias, welche ein Peculium quasi castrense beſitzen, die Befugniß ertheilt, darüber zu teſtiren. Vor Juſtinian konnte nicht Jeder, der ein Peculium quasi castrense hatte, dieſe Befugniß in Anſpruch nehmen[4].

3. Anders verhält es ſich nun aber in Anſehung des Peculii adventitii. Ungeachtet die Adventitia eines in väterlicher Gewalt ſtehenden Kindes auch ein eignes Vermögen deſſelben bilden, ſo hat doch das Kind darüber keineswegs eben ſo freie Hand, wie über die Bona castrensia, oder quasi castrensia, und namentlich kann es darüber nicht teſtamentariſch verfügen, auch nicht über die irregularia[5].

Noch iſt aber dieſes Orts auch die Bemerkung zu machen, daß diejenigen, welche zum Tode verurtheilt ſind, inſofern als die Verurtheilung mit Confiſcation des ganzen Vermögens verbunden iſt, ebenfalls nicht teſtiren können[6]; denn alsdann fehlt es ja eben auch an einem Objecte für das Teſtament. Wenn wir von dem neueſten Juſtinianiſchen Rechte abſtrahiren, ſo concurrirte bei den zum Tode Verurtheil-

3) pr. I. h. t. L. 6. §. ult. D. d. injust. rupt. irrit. XXVIII, 3.

4) Ich verweiſe auf folgende Juſtinianiſche Conſtitutionen: L. ult. C. d. inoffic. test. III, 28. L. ult. C. h. t. Auch gehören hieher §. ult. I. d. milit. test. II, 11. und cit. pr. I. h. t.

5) In Hinſicht des ſ. g. Peculii adventitii regularis bevorwortet Juſtinian dieſes ausdrücklich in L. ult. C. d. bon. quae liber. VI, 61. Der Ausdruck iſt hier indeſſen von der Art, daß man daraus ſchließen könnte, in Anſehung des ſ. g. Peculii adventitii irregularis verhalte die Sache ſich anders. Dieſem möglichen Mißverſtande begegnet Juſtinian in einer andern Conſtitution, nämlich L. penult. C. h. t. Auch gehört hieher noch das pr. i. f. I. h. t.

6) L. 8. §. 4. L. 13. §. 2. D. h. t.

ten noch ein anderer Grund, wodurch ſie von der Befugniß, ein Teſtament zu errichten, ausgeſchloſſen wurden. Nämlich, wer zum Tode verurtheilt war, der verfiel eo ipso in die Sclaverei, er wurde zu einem **Servus poenae**. Dieſes nun aber iſt in der **Nov. 22. c. 8.** aufgehoben, und daher können diejenigen, welche zum Tode verurtheilt ſind, nach dem neueſten Juſtinianiſchen Rechte nur inſoweit für unfähig geachtet werden, zu teſtiren, als zugleich ihr geſammtes Vermögen confiſcirt wird [7]).

Das Bisherige bezog ſich auf das Römiſche Recht; es iſt nun aber auch auf das Canoniſche Recht Rückſicht zu nehmen. Nämlich:

1. Viele behaupten, daß nach Canoniſchem Rechte **Filiifamilias ad pias causas**, unter hinzutretender Genehmigung des Vaters, auch über ihr **Peculium adventitium** letztwillig verfügen können [8]).

2. Ordensgeiſtliche ſind nach Canoniſchem Rechte unfähig, zu teſtiren, denn wegen des Gelübdes der Armuth entbehren ſie eines eignen Vermögens [9]).

c. Von der Fähigkeit, in einem letzten Willen bedacht zu werden. (§. §. 792 — 793.)

† **INST. II, 14.** † **DIG. XXVIII, 5. De heredibus instituendis.** — † **COD. VI, 24. De heredibus instituendis, et quae personae heredes institui non possunt.**

§. 792.

a. Allgemeine Erforderniſſe.

Zuerſt iſt hier zu erwägen, ob und wieweit es bei der Errichtung eines letzten Willens auf die Exiſtenz des zu Honorirenden ankommt.

7) Dieſe Strafe der Confiſcation iſt zwar durch die **Nov. 134. c. 13.** gewiſſen Modificationen unterworfen, keineswegs aber aufgehoben worden. Vergl. Schweppe, Röm. Privatr. §. 787.

8) Sie leiten dieſen Satz ab aus dem **c. 4. in VI. d. sepultur. III, 12.** Dieſe Stelle iſt indeſſen keineswegs beweiſend. Vergl. ob. §. 732.

9) **c. 7. C. 19. qu. 3. c. 2. X. d. testam. III, 26.**

Soll die Erbeseinſetzung ſich wirkſam erweiſen, ſo darf der eingeſetzte Erbe nicht etwa vor dem Anfall der Erbſchaft mit Tode abgegangen ſein. Iſt dies der Fall, ſo kann die Erbeseinſetzung weder ihm, noch ſeinen Erben zu Statten kommen. Und eben ſo verhält es ſich bei den Vermächtniſſen. Hieraus aber ergibt ſich, daß nothwendig jede letztwillige Dispoſition zu Gunſten eines, zur Zeit der Errichtung derſelben, *bereits Verſtorbenen* von Haus aus ungültig ſein muß.

Nun aber mögen wir weiter fragen: gilt, was hier von einem bereits Verſtorbenen geſagt iſt, auch von einem *noch nicht Geborenen*, einem **Postumus**? Im älteren Rechte war es, der Regel nach, **jure civili** unzuläſſig, einen **Postumus** zu honoriren; nur bei **suis postumis** fand eine Ausnahme Statt. Nach neuerem Rechte fällt die Regel weg. — Das Nähere §. 800.

Zweitens: Nach älterem Rechte mußte der zum Erben Ernannte oder mit einem Vermächtniſſe Bedachte eine *phyſiſche* Perſon ſein. *Juriſtiſche* Perſonen konnten gültiger Weiſe in einem letzten Willen nicht bedacht werden. Von dieſer Regel gab es allerdings mehre Ausnahmen [1]. Noch gehäufter aber ſind die Ausnahmen im Juſtinianiſchen Rechte, ſo daß die Regel dadurch beinahe aufgegeben iſt. So können namentlich Städte eingeſetzt werden [2]; desgleichen Kirchen, Klöſter, milde Stiftungen, Heilige [3]. Mit **licitis collegiis** verhält es ſich ſo: Vermächtniſſe können Allen hinterlaſſen werden; aber zu Erben können nur diejenigen eingeſetzt werden, welche darüber ein beſonderes Privilegium erhalten haben [4]. Unſere neueren Juriſten pflegen jedoch auch für die Erbeseinſetzung kein beſonderes Privilegium zu fordern [5].

Drittens: Es bedarf in der Perſon des Honorirten der **Testamenti factio**. Deshalb verweiſe ich auf §. 787. Namentlich erinnere ich an dasjenige, was ich dort geſagt habe über die

1) S. Ulp. XXII. §. §. 5. 6. XXIV. §. 28. L. 20. (21.) D. d. reb. dub. XXXIV, 5.

2) L. 12. C. h. t.

3) L. 22. C. d. ss. eccles. I, 2. Nov. 131. c. 9.

4) L. 8. C. h. t. Vergl. oben §. 64. Note 2.

5) So Höpfner, Commentar. §. 483. Thibaut, Pand. §. 944.

Unfähigkeit der Apoſtaten, gewiſſer Ketzer, der Lege intestabiles, der Kinder von Hochverräthern.

Viertens: Es entſteht jetzt die Frage: Wann muß der Honorirte im Beſitze der Testamenti factio ſein?

Ich will zuerſt von der *Erbeseinſetzung* ſprechen. Der Erbe bedarf der Testamenti factio *zur Zeit des Anfalls*, und *von da an bis zur Zeit des Erwerbes* — ſonſt verfehlt die Erbeseinſetzung ihre Wirkung. Aber er bedarf der Testamenti factio auch ſchon *zur Zeit des errichteten Teſtaments*, ſonſt iſt die Erbeseinſetzung gleich von Haus aus ungültig. Auf die Zwiſchenzeit zwiſchen der Erbeseinſetzung und dem Anfall kommt es nicht an; die Zeit des Anfalls aber iſt bei einer unbedingten Erbeseinſetzung der Tod des Teſtators, bei einer bedingten die Erfüllung der Bedingung [6]).

Dies iſt die richtige Anſicht von der Sache. Es fehlt indeſſen bei unſern neueren Juriſten nicht an abweichenden Anſichten. Einige ſind der Meinung, bei der bedingten Erbeseinſetzung komme es nicht bloß auf den Augenblick des errichteten Teſtaments und der erfüllten Bedingung an, ſondern überdies auch noch auf den Augenblick des Todes des Teſtators [7]). Andere dagegen glauben, bei einer bedingten Erbeseinſetzung komme es lediglich an auf den Augenblick der erfüllten Bedingung: ob der eingeſetzte Erbe zur Zeit des errichteten Teſtaments Testamenti factio gehabt habe, oder nicht, das ſei gleichgültig [8]).

Aber auch der mit einem bloßen *Vermächtniſſe* Bedachte bedarf der Testamenti factio nicht bloß zur Zeit des Anfalls und des Erwerbes, ſondern auch ſchon zur Zeit des errichteten Vermächtniſſes, wogegen es auf die Zwiſchenzeit nicht ankommt [9]).

6) L. 49. §. 1. D. h. t. §. 4. I. d. hered. qual. et differ. II, 19.

7) So z. B. *Westenberg*, princip. jur. secund. ordin. Dig. XXVIII, 5. §. 17. desgl. *Hofacker*, princ. jur. civ. §. 1289. Note b.

8) So *Weſtphal*, Theorie des Röm. R. v. Teſtamenten. §. 166. Desgleichen *Schweppe*, Röm. Privatr. §. 808. Dieſer beruft ſich auf §. 32. I. d. legat. II, 20., wo aber weder von der Fähigkeit des Erben überhaupt, noch insbeſondere von der Testamenti factio die Rede iſt, u. auf L. 4. D. d. regula Caton. XXXIV, 7. Ueber dieſe Stelle kann ich mich erſt in der Lehre v. den Vermächtniſſen erklären. S. §. 1006.

9) Arg. L. 104. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1.

Schließlich bemerke ich, daß dasjenige, was hier über die Zeit, zu welcher der Honorirte Testamenti factio haben muß, geſagt worden iſt, bei eigenen Sclaven, die Jemand in ſeinem letzten Willen bedenken will, gewiſſe Modificationen erleidet — über die ich jedoch, als etwas für uns Unpraktiſches, mit Stillſchweigen hinweggehe.

§. 793.

b. Relative Unfähigkeit.

Es kann der Fall ſein, daß Jemand, wie fähig er auch im Allgemeinen iſt, in einem letzten Willen honorirt zu werden, dennoch von einer beſtimmten Perſon gerade, entweder gar nicht, oder doch nicht über ein gewiſſes Maß hinaus bedacht werden darf. Die einzelnen hieher gehörigen Beſtimmungen ſind folgende:

1. Eine Wittwe, welche ſich während des Trauerjahres verheirathet, darf ihrem zweiten Manne nicht mehr als den dritten Theil ihres Vermögens zuwenden, weder überhaupt, noch insbeſondere durch letztwillige Dispoſition [1]). Für ein Mehres iſt alſo der zweite Mann unfähig. Vergl. indeſſen §. 713. I, 1.

2. Denken wir uns, Jemand, der verheirathet geweſen iſt, und aus der nunmehr aufgelöſ'ten Ehe Kinder hat, ſchreitet zu einer zweiten Ehe. Ein ſolcher ſoll derjenigen Perſon, mit welcher er zum andern Male verheirathet iſt, ſo wenig in ſeinem letzten Willen, als unter Lebenden ein Mehres zuwenden, als er dem von ihm am Mindeſten bedachten Kinde erſter Ehe zugewandt hat. Thut er es dennoch, ſo kommt bei ſeinem Tode das dem zweiten Ehegatten zu viel Zugewandte den Kindern erſter Ehe zu Gute, es wird, wenn anders der Kinder mehre ſind, unter ſie gleichmäßig vertheilt [2]). Vgl. §. 712. II, 3.

3. Nach älterem Rechte konnte Jemand ſeine mit einer Concubine erzeugten natürlichen Kinder, und eben ſo ſeine Concu-

1) L. 1. C. d. secundis nupt. V, 9. Nov. 22. c. 22. c. 4. c. 5. X. d. secund. nupt. IV, 21.

2) L. 6. C. d. secund. nupt. V, 9. Nov. 22. c. 27. 28.

dine ſelbſt, ganz nach Willkür zu Erben einſetzen, oder ſonſt auf andere Weiſe bedenken. Aber durch Conſtitutionen aus der Zeit der chriſtlichen Imperatoren ward dieſe Willkür in gewiſſe Schranken gewieſen. Für das Juſtinianiſche Recht iſt das Reſultat dieſes: Wer legitime Deſcendenten hinterläßt, der darf ſeinen **liberis naturalibus** und deren Mutter mehr nicht als Eine Unze, alſo mehr nicht als 1/12. ſeines Vermögens, hinterlaſſen; der Mutter der Kinder allein, darf er gar nur eine halbe Unze zuwenden, alſo 1/24. Wo es aber an legitimen Deſcendenten fehlt, da hat der Teſtator freie Hand, nur muß er freilich, wenn er Aſcendenten hat, dafür ſorgen, daß dieſe den ihnen gebührenden Pflichttheil erhalten [3].

4. Nach einer Conſtitution des Arkadius [4] ſollen Perſonen, welche in einer blutſchänderiſchen Ehe leben, den in dieſer Verbindung erzeugten Kindern ſo wenig von Todeswegen, als unter Lebendigen irgend etwas zuwenden dürfen. Ueberhaupt aber ſollen ſie in ihrem letzten Willen nur zum Vortheil gewiſſer, ihnen beſonders naher, und zwar geſetzmäßig verwandter Perſonen disponiren können. Dieſe Perſonen ſind Deſcendenten bis zum dritten, Aſcendenten bis zum zweiten Grade incl., Bruder, Schweſter, Vaters Bruder und Vaters Schweſter. Jeder Andere, wie fähig er auch überhaupt und im Allgemeinen iſt, letztwillig bedacht zu werden, iſt dennoch hier für unfähig zu achten.

3) Dieſe Beſtimmungen beruhen auf Nov. 89. c. 12. Die älteren dieſen Gegenſtand betreffenden Conſtitutionen ſind: L. 1. Th. C. d. naturalib. filiis. IV, 6. L. 2. C. d. naturalib. liber. V, 27. (Arcadius et Honorius.) L. 8. C. eod. (Justinianus.)

4) L. 6. C. d. incest. et inutilib. nupt. V, 5. Die Conſtitution ſpricht nur von blutſchänderiſcher Ehe. Daher wird unter den Neueren darüber geſtritten, ob ſie auch auf außereheliche Blutſchande anzuwenden ſei. Vergl. Höpfner, §. 487. Anm. 3. Indeſſen iſt in dieſem Falle doch wohl par ratio vorhanden.

C. Von der Willensbeſtimmung und von der Willensäußerung bei letztwilligen Erklärungen. (§. §. 794 — 803.)

A. Von der Willensbeſtimmung. (§. §. 794 — 800.)

a. In Anſehung der Motive. (§. §. 794 — 797.)

§. 794.

α. Ueber erzwungene letztwillige Erklärungen.

COD. VI, 34. Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit.

Daß eine erzwungene letztwillige Erklärung nicht als vollgültig betrachtet werden könne, das iſt außer allem Zweifel. Wir haben gerade keine Stelle, in der das ausdrücklich geſagt würde; aber der Satz ergibt ſich aus Folgendem: In der **L 20. §. 10. qui testam. facere poss. XXVIII, 1.** 1) iſt von dem Falle die Rede, da Perſonen bei Errichtung eines Teſtaments wider ihren Willen Zeugen Stelle haben vertreten müſſen; und da heißt es nun, man halte ein ſolches Teſtament für ungültig. Wenn alſo ſchon der gegen einen bloßen Zeugen ausgeübte Zwang ein Teſtament ungültig macht, ſo muß dies wohl noch viel mehr von dem gegen den Teſtator ſelbſt ausgeübten Zwange gelten. Man iſt hier wohl berechtiget, **a minori ad majus** zu ſchließen. — Ferner: In der **L. 32. pr. de hered. inst. XXVIII, 5.** 2) heißt es, eine Erbeseinſetzung des Inhalts: „Diejenigen ſollen meine Erben ſein, welche Titius dazu ernennen wird", ſei eine **vitiosa institutio**. Denn, fügt der Juriſt hinzu, teſtamentariſche Dispoſitionen dürfen nicht von der Willkür fremder Perſonen abhängen. Dies letzte iſt ja aber offenbar der Fall, wenn Jemand nicht aus eigenem freien Antriebe, ſondern gezwungener Weiſe, nach dem Willen eines Andern disponirt.

1) »Sed si detenti sint inviti ibi testes, putant, non valere testamentum.«

2) »Illa institutio, quos Titius voluerit, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.«

Aber, ob erzwungene letztwillige Verfügungen **ipso jure null und nichtig**, oder nur **per exceptionem ungültig** ſind — darüber kann man allerdings zweifelhaft ſein. Die angeführten Stellen ſprechen freilich von einer ipso jure eintretenden Nichtigkeit; aber es iſt zu erwägen, daß dieſe Stellen, wenn ſich ſchon daraus für unſern Fall Folgerungen ziehen laſſen, dieſen doch nicht in terminis enthalten. Und den allgemeinen Grundſätzen zu Folge ſind erzwungene Willenserklärungen keineswegs ipso jure nichtig. Denn auch wer zu wollen gezwungen iſt, will[3]. Und daher kann man ſich hier auch nicht etwa darauf berufen, daß es in einer Stelle der Pandekten einmal ganz allgemein heißt: »**pro non scripto est (scil. heres) quem scribi noluit (scil. testator)**[4]«; denn nach allgemeinen Grundſätzen läßt ſich von demjenigen, der einen Andern gezwungener Weiſe zum Erben einſetzt, nicht behaupten, er habe die Erbeseinſetzung nicht gewollt. Er hat ſie allerdings gewollt, wenn ſchon gezwungener Weiſe. Und ſo dürfte das Richtige dieſes ſein, daß auch erzwungene letztwillige Verfügungen, der Strenge nach, zu Recht beſtehen, daß aber demjenigen, welcher ſie geltend machen will, die Einrede des Zwanges entgegengeſetzt werden kann.

§. 795.

β. Ueber letztwillige Diſpoſitionen, deren Motive auf irrigen Vorausſetzungen beruhen.

Es ſollen hier die Folgen des Irrthums erwogen werden, inwieweit dieſer ſich auf die Motive bezieht. Die möglichen anderweitigen Beziehungen des Irrthums bleiben hier ausgeſchloſſen; von dieſen wird weiterhin, im §. 803., gehandelt werden.

Denken wir uns den Fall: der Verſtorbene ſelbſt hat in ſeinem letzten Willen irgend eine Thatſache als den Grund bezeichnet, der ihn zu dieſer oder jener Verfügung beſtimmt habe, und hinterdrein nun findet es ſich, daß er in der Vorausſetzung dieſer

3) L. 21. §. 5. D. quod met. c. gest. er. IV, 2. (S. oben §. 84. Note 4.)

4) Nämlich in L. 2. §. 7. D. d. B. P. s. t. XXXVII, 11.

Thatſache ſich geirrt hat. Von dieſem Fall einer, von dem Verſtorbenen ſelbſt angegebenen falsa causa wollen wir ausgehen. Die Regel für dieſen Fall iſt dieſe: »Falsa causa non nocet« [1]). Z. B. es heißt in dem letzten Willen des Verſtorbenen: „Ich vermache dem *Titius* eine Summe von 1000., weil er während meiner Abweſenheit vom Hauſe meine Geſchäfte beſorgt hat.“ Hier bleibt, unſerer Regel zu Folge, das Vermächtniß bei Kräften, auch wenn es ſich findet, daß *Titius* die Geſchäfte des Verſtorbenen in der That nicht beſorgt hat, daß alſo der Verſtorbene ſich in dieſer Vorausſetzung irrte. Dieſes Beiſpiel bezieht ſich auf den Fall eines Vermächtniſſes, und nur von dieſem ſprechen auch die Note 1. angeführten beiden Stellen. Allein unſere Regel muß auch auf die Erbeseinſetzung angewandt werden. Nämlich der Grund derſelben iſt allgemein; er liegt darin: Es iſt ungewiß, ob das von dem Verſtorbenen angegebenen Motiv das einzige war, welches ihn beſtimmte; das angegebene Motiv kann wegfallen, aber es können andere vorhanden ſein, die für ſich allein hinreichend waren, den Verſtorbenen zu beſtimmen. Da dies der Grund unſerer Regel iſt, ſo kann eben deshalb auch die Regel da nicht zur Anwendung kommen, wo es gewiß iſt, daß die angegebene Causa das *einzige* Motiv war, welches den Verſtorbenen beſtimmte. Dieſe Gewißheit iſt vorhanden, ſobald der Verſtorbene die Causa conditionaliter ausgedrückt hat [2]). Dieſelbe Gewißheit kann nun aber auch da eintreten, wo der Verſtorbene ſich nicht gerade bedingungsweiſe ausgedrückt hat; und dann wird unſere Regel ſich ebenfalls nicht anwenden laſſen. Es kann möglicher Weiſe in einem einzelnen Falle bewieſen werden, daß die von dem Verſtorbenen angegebene Causa die einzige war, die ihn beſtimmte, und daß er, wenn er die von ihm bezeichnete Vorausſetzung als irrig gekannt hätte, die getroffene Anordnung ganz und gar würde unterlaſſen haben. In einem ſolchen Falle ſteht demje-

1) Siehe §. 31. I. d. legat. II, 20. L. 17. §. 2. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1.

2) Daher heißt es in cit. §. 31. I. d. legat. »Sed si conditionaliter enuntiata fuerit causa, aliud juris est; veluti hoc modo: Titio, *si* negotia mea curavit, fundum do, lego.«

nigen, zu deſſen Vortheil die Anordnung gereicht, wenn er ſie geltend machen will, eine Doli exceptio entgegen [3]). Gelegentlich kann es nun aber ſogar auch ohne alle Beweisführung von ſelbſt klar ſein, daß nur der angegebene Grund den Teſtator beſtimmte. Hieher gehört der Fall der **L. 92. de hered. inst. XXVIII, 5.**: Der Teſtator hatte die Tochter eines Andern ex asse inſtituirt und derſelben ihren Vater ſubſtituirt. Dieſer war gewaltſam um's Leben gekommen, und es hatte ſich das Gerücht verbreitet, daß ſeine Tochter ebenfalls umgekommen wäre. Der Teſtator errichtete daher ein neues Teſtament, in welchem er einen Dritten zum Erben ernannte mit Hinzufügung dieſer **Causa**: »**Quia heredes, quos volui mihi contingere, habere non potui**« (Hal.). Jetzt meldete ſich die, in dem früheren Teſtamente Inſtituirte. Die Sache kam vor den Imperator, und die Entſcheidung fiel dahin aus, daß ihr die Erbſchaft zugeſprochen wurde **ex voluntate testantis**.

Auf die bisher bezeichnete Weiſe nun verhält es ſich, wenn der Verſtorbene ſelbſt eine **Causa** ausdrücklich beigefügt hat. Wenden wir nun aber die, unter dieſer Vorausſetzung geltenden Grundſätze analoger Weiſe auf den Fall an, da es an der ausdrücklichen Angabe einer **Causa** in dem letzten Willen des Verſtorbenen fehlt, ſo werden wir ſagen müſſen: Auch hier wird derjenige, zu deſſen Vortheil eine gewiſſe Anordnung gereichen ſoll, dieſelbe nicht geltend machen können, ſobald ſich zeigen läßt, der Verſtorbene ſei zu der ganzen Anordnung nur durch eine irrige Vorausſetzung veranlaßt worden. Setzen wir alſo den Fall, der Teſtator hat Jemanden als ſeinen Sohn inſtituirt, und nun findet ſich hinterdrein, daß der Inſtituirte ein untergeſchobenes Kind iſt. Läßt es ſich hier beweiſen, daß der Teſtator den zum Erben Eingeſetzten nicht inſtituirt haben würde, wenn er dies gewußt hätte, ſo kann ihm die Erbſchaft abgeſtritten werden [4]).

Nur iſt nicht aus der Acht zu laſſen, daß doch in allen

3) Vgl. **L. 72. §. 6. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1.**

4) Dieſen Fall ſiehe **L. 4. C. d. hered. inst. VI, 24.** Vergl. **L. 5. C. d. testam. VI, 23.**

dieſen Fällen, wo ein auf Irrthum gegründetes Motiv einer Dispoſition nachtheilig wird, dies nicht auf dem Wege des ſtrengen Rechts, ſondern auf dem der Aequitas geſchieht.

γ. Ueber letztwillige Verfügungen aus Motiven, welche mit dem Weſen derſelben im Widerſpruche ſtehen.

§. 796.

a. Von der Ungültigkeit captatoriſcher Dispoſitionen.

Eine captatoriſche letztwillige Verfügung iſt eine ſolche, wobei der Teſtator darauf ausgeht, irgend einen Andern zu einer, ſeinen Wünſchen entſprechenden, letztwilligen Verfügung zu beſtimmen. Dieſer Zweck kann mit der Erbeseinſetzung verbunden ſein, aber auch mit der Anordnung eines Vermächtniſſes. Beide Fälle unterliegen gleichen Beſtimmungen [1]). Alles alſo, was ich fortan in Beziehung auf captatoriſche Erbeseinſetzungen ſagen werde, das findet eine analoge Anwendung auch auf Vermächtniſſe.

Eine captatoriſche Erbeseinſetzung aber iſt vorhanden, wenn z. B. Gajus den Titius unter der Bedingung zum Erben einſetzt, daß Titius ihn zum Erben einſetzen ſollte [2]). Dabei darf nun aber ja nicht überſehen werden, daß die Erbeseinſetzung, welche den Inhalt der Bedingung ausmacht, keine ſchon erfolgte ſein darf, ſondern daß ſie eine künftig erſt zu erwartende ſein muß, welche Gajus zu veranlaſſen beabſichtigt; auf die Weiſe nämlich, daß er von dem Inhalte ſeines Teſtamentes dem Titius Kunde zugehen läßt [3]). — Ferner: Denken wir uns, Titius ſteht zu einem Dritten, zu dem Mävius, in einem ſolchen Verhältniſſe, daß er ſich für dieſen beſonders intereſſirt — und nun geht Gajus darauf aus, ſich die Erb=

1) L. 64. D. d. legat. I. »Captatoriae scripturae simili modo neque in hereditatibus, neque in legatis valent.«

2) L. I. D. d. his, quae pro non script. XXXIV, 8.

3) Auf dieſen höchſt weſentlichen Punkt macht Paulus ganz beſonders aufmerkſam in der L. 71. pr. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

ſchaft des Titius dadurch zu verſchaffen, daß er den Mävius inſtituirt; er ſagt alſo in ſeinem Teſtamente: „Mävius ſoll mein Erbe ſein, Falls Titius mich zum Erben einſetzt.“ Auch das iſt eine captatoriſche Erbeseinſetzung [4]. — Endlich: Wir wollen annehmen, nicht Titius iſt es, ſondern Gajus, der ſich für den Mävius beſonders intereſſirt. Gajus beabſichtigt, dieſem Mävius die Erbſchaft des Titius zu verſchaffen, und teſtirt deshalb folgender Maßen: „Titius ſoll mein Erbe ſein, Falls er den Mävius zu ſeinem Erben ernennt.“ Eine ſolche Erbeseinſetzung iſt ebenfalls eine captatoriſche [5].

Alle ſolche captatoriſche Inſtitutionen nun ſind, in Gemäßheit eines Senatusconſults, von dem wir jedoch ſonſt nichts Näheres wiſſen, ungültig; nicht, daß nur etwa die Bedingung einer captatoriſchen Inſtitution unbeachtet bliebe; nein, die ganze Erbeseinſetzung iſt null und nichtig [6]. Der Grund aber, warum jenes Senatusconſult captatoriſche Inſtitutionen unterſagte, iſt ohne Zweifel dieſer: Der Zweck aller Deſignation eines Erben beſteht darin, dem Bedürfniſſe der Repräſentation abzuhelfen, und wenn dieſe Deſignation der Privatwillkür anheimgeſtellt wird, ſo geſchiehet es deshalb, damit Jeder denjenigen gerade zu ſeinem Erben auswählen könne, zu dem er eine beſondere Zuneigung hegt, in den er ein beſonderes Vertrauen ſetzt u. ſ. w. Das aber iſt dem Weſen und dem Zwecke der Erbeseinſetzung ganz und gar fremd, daß der Teſtator durch ſie ſich oder irgend einem Dritten den Weg bahne zu dem Beſitz fremden Vermögens. Geht er darauf bei der Erbeseinſetzung aus, ſo liegt hierin ein Mißbrauch derſelben. Und auf eine ähnliche Weiſe verhält es ſich mit captatoriſchen Vermächtniſſen. Denn, wer einem Andern ein Vermächtniß ausſetzt, der ſoll es thun aus Wohlwollen gegen dieſen Andern, und in der Abſicht ihn zu begünſtigen. Das liegt in dem Begriffe eines Vermächtniſſes, als einer Aeußerung der Liberalität. Und daher iſt es

4) cit. L. 71. pr. D. eod.

5) cit. L. 71. §. 1. D. eod.

6) Außer den ſchon angeführten Stellen ſiehe noch L. 70. D. eod. »Captatorias institutiones non eas Senatus improbavit, quae mutuis affectionibus judicia provocaverunt, sed quarum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis.«

ein Mißbrauch, die Anordnung eines Vermächtniſſes als eine bloße Lockſpeiſe zu gebrauchen, um einen Andern zu veranlaſſen, daß er ſeiner Seits ſich freigebig erweiſe.

Zum Beſchluß muß ich jetzt noch ein Wort ſagen über das, was die Neueren correſpective Teſtamente nennen. Denken wir uns, zwei verſchiedene Perſonen errichten Jeder ein Teſtament, Einer zu Gunſten des Andern, aber auf die Weiſe: die Diſpoſitionen des einen Teſtaments ſollen nur unter der Vorausſetzung gültig ſein und bleiben, daß die in dem Andern enthaltenen nicht etwa zurückgenommen werden. Teſtamente, die in einer ſolchen Beziehung zu einander ſtehen, nennt man correſpective Teſtamente. Auf dieſe findet nun aber das Verbot captatoriſcher Diſpoſitionen durchaus keine Anwendung [7]). Denn hier iſt ja gar nicht die Rede davon, eine künftige Diſpoſition zu veranlaſſen, ſondern es handelt ſich von der Folge einer mit einer ſchon vorhandenen Diſpoſition etwa vorzunehmenden Veränderung.

§. 797.

b. Ueber Poenae nomine relicta.

† DIG. XXXIV, 6. De his, quae poenae causa relinquuntur. — † COD. VI, 41. De his, quae poenae nomine in testamento vel codicillis scribuntur vel relinquuntur.

Wir müſſen uns zuerſt mit den Grundſätzen des älteren Rechts über die Poenae nomine relicta bekannt machen; nur dann werden wir im Stande ſein, die auf dieſen Gegenſtand ſich beziehenden Juſtinianiſchen Beſtimmungen, ihrer wahren Bedeutung nach, aufzufaſſen.

Was aber das ältere Recht betrifft, ſo müſſen wir da wiederum ausgehen von der Theorie der Legata poenae nomine relicta. Denn alles Uebrige, was ſonſt noch hieher gehört, das beruht lediglich auf einer analogen Anwendung der hinſichtlich der Legata poenae nomine relicta geltenden Grundſ-

7) Nach Maßgabe der in Note 3. angeführten L. 71. pr. D. d. hered. inst.

ſätze. In dem Begriffe eines **Legati poenae nomine relicti** nun ſind folgende Vorausſetzungen enthalten:

1. Der Teſtator will, daß der Erbe irgend etwas thun ſoll, oder unterlaſſen.

2. Wenn der Erbe dem Willen des Teſtators nicht genügt, ſo ſoll er zur Strafe dafür einen Theil der Erbſchaft einbüßen, ſei es nun, daß die Erbſchaft ihm bereits erworben, oder daß ſie ihm wenigſtens bereits deferirt iſt.

3. Der dem Erben angedrohete Verluſt ſoll dadurch bewirkt werden, daß der Erbe, Falls er ſich nicht fügt, mit einem Legate belaſtet ſein ſoll [1]).

Hieraus ergibt ſich, daß ein Legat darum allein noch nicht ein **Legatum poenae nomine relictum** iſt, weil der Teſtator es unter einer Bedingung hinterlaſſen hat, die ſich auf ein Thun oder Nichtthun des Erben bezieht; ſondern daß nothwendig hinzukommen muß die Abſicht, durch die Belaſtung mit dieſem Legate den Erben zu beſtrafen. Ob aber der Teſtator dieſe Abſicht gehabt habe, oder nicht — das iſt eine Frage, die nur nach den jedesmaligen beſonderen Umſtänden entſchieden werden kann [2]). Ferner darf ja nicht außer Acht gelaſſen werden, daß es auf die Beſchaffenheit desjenigen, was der Erbe thun ſoll oder unterlaſſen, um den ihm angedroheten Verluſt zu vermeiden, durchaus nicht ankommt, ſobald jene Abſicht zu ſtrafen entſchieden iſt: Dasjenige, was der Teſtator von dem Erben fordert, kann ſehr wohl etwas durchaus Erlaubtes ſein, und das Legat kann dennoch in die Kategorie der **Legata poenae nomine relicta** gehören [3]).

1) Gaj. II. §. 235. Ulp. XXIV. §. 17. §. ult. I. d. legat. II, 20.

2) Siehe L. 2. D. h. t. »Poenam a conditione voluntas testatoris separat, et an poena, an conditio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet; idque Divi Severus et Antoninus rescripserunt.«

3) Zwar ſcheinen gewiſſe Ausdrücke in der L. 1. D. h. t. »si in patris dominive poenam illicite vel probrose datum est«, nachher »talem poenam« dieſem entgegenzuſtehen: allein es iſt keinem Zweifel unterworfen, daß jene Ausdrücke auf either Interpolation beruhen, die in der ſpäter zu erwähnenden L. un. C. h. t. von Juſtinian ihren Grund hat. Die Beiſpiele von Legata poenae nomine relicta, welche bei Gajus, Ulpian und eben ſo in Juſtinian's Inſtitutionen (S. Note 1.) vorkommen, beziehen ſich durchaus auf etwas Erlaubtes.

Dergleichen Legate wurden nun aber nach vorjuſtinianiſchem Rechte für unſtatthaft gehalten, ſie waren nichtig. Und zwar aus einem Grunde ganz gleichartig demjenigen, aus welchem captatoriſche Dispoſitionen ungültig ſind. Nämlich: das Weſen eines Legates bringt es mit ſich, daß es eine Aeußerung des Wohlwollens gegen den Legatar ſein ſoll; wer aber Poenae nomine ein Legat anordnet, der handelt zunächſt wenigſtens nicht aus Wohlwollen gegen den Legatar, ſondern aus Mißwollen gegen den Erben [4]).

Die in Hinſicht der Legata poenae nomine relicta geltenden Grundſätze wandte man nun aber analoger Weiſe an auch auf andere ähnliche Verhältniſſe. Nämlich: Jene Grundſätze mußten überall Anwendung finden, wo irgend eine auf den Ausdruck reinen Wohlwollens berechnete Form der Verleihung von Rechten zur Beſtrafung eines Dritten gemißbraucht wurde. Daher achtete man denn für ungültig auch die Verleihung eines Fideicommiſſes, ferner die Verleihung der Freiheit, ja ſelbſt die Ernennung eines Miterben — ſobald die eine oder andere dieſer Anordnungen Poenae nomine getroffen war [5]).

Ich komme nunmehr zu dem Juſtinianiſchen Rechte. In der L. un. C. h. t. [6]) hat Juſtinian die ältere Theorie umgeſtoßen. Was in einem letzten Willen Poenae nomine angeordnet iſt, ſoll eben ſo gültig ſein, wie wenn jene Abſicht zu ſtrafen, dabei nicht zu Grunde läge. Nur ſolche Dispoſitionen ſollen ausgenommen ſein, durch welche von Jemanden, zur Vermeidung eines Nachtheils, irgend ein Thun oder Laſſen gefordert wird, welches ſich aus factiſchen, oder moraliſchen Gründen als unausführbar darſtellt.

Hierin liegt indeſſen in der That nur eine ſcheinbare, keine wahre Ausnahme von der Regel. Denn die Regel iſt dieſe: Zwiſchen dem, was Poenae nomine angeordnet iſt, und dem, was dieſen Charakter nicht hat, ſoll kein Unterſchied ſein; Eines ſoll ſo gültig ſein, wie das Andere. Vergleichen wir nun hier-

4) Theophil. II, 20. §. ult.

5) Gaj. II. §. §. 236. 243. 288. cit. §. ult. I. d. legat.

6) Womit zu verbinden cit. §. ult. I. d. legat.

mit die Fälle einer angeblichen Ausnahme, welche Juſtinian im Sinne hat, ſo finden wir, es ſind dieſer Fälle zwei:

Erſtens der Fall, da der Teſtator Jemanden unter der Bedingung, etwas Unmögliches oder Unerlaubtes vorzunehmen, irgend ein Recht verliehen hat. Die Wirkung einer ſolchen Dispoſition iſt nicht die, welche der Teſtator beabſichtiget. Aber hierin liegt keine Ausnahme von unſerer Regel. Eine Verfügung dieſer Art fällt gar nicht einmal unter den Begriff eines **Poenae nomine relicti.** Denn der Nachtheil, welcher in unſerem Falle, nach des Teſtators Abſicht, den Honorirten treffen ſoll, wenn er die Bedingung unerfüllt läßt, beſteht lediglich darin, daß er das ihm verheißene Recht überall nicht erhält. Dadurch wird er ja aber nicht geſtraft, denn es wird ihm nicht etwas bereits Erworbenes genommen; das wäre Strafe: ſondern es wird ihm nur eine Belohnung nicht zu Theil, die er nach des Teſtators Abſicht nicht verdient hat. Eine ſolche Dispoſition iſt alſo überall keine ſolche, die unter den Begriff von Strafverfügung fiele. Und daher kann es denn auch für keine Ausnahme von der regelmäßigen Gültigkeit der **Poenae nomine relicta** angeſehen werden, wenn in unſerem Falle die Dispoſition den von dem Teſtator gewollten Erfolg nicht hat. Ueberdies wird die Dispoſition auch keineswegs als ſchlechthin nichtig betrachtet, wie dies doch geſchehen müßte, wenn dabei das ältere Recht der **Poenae nomine relicta** zur Anwendung kommen könnte und ſollte. Sondern der Erfolg iſt vielmehr dieſer: Nur die vorgeſchriebene Bedingung wird als nicht hinzugefügt behandelt. Der Honorirte erhält alſo das ihm verliehene Recht, gleich als ob es ihm pure verliehen wäre. S. §. 102. u. §. 811. folg.

Der zweite Fall, welchen Juſtinian im Sinne hat, iſt der, da Jemand nach des Teſtators Willen etwas bereits Erworbenes verlieren ſoll, wenn er etwas Unmögliches oder Unerlaubtes, was ihm zugemuthet wird, unterläßt. Hier nun wird der angedrohete Verluſt ihn nicht treffen, obſchon er der ungehörigen Zumuthung des Teſtators nicht genügt; es wird alſo die ganze Dispoſition ohne alle Wirkung bleiben. Ich weiſe deshalb im Voraus auf den §. 816. Auch iſt nicht zu läugnen,

daß hier die Abſicht des Teſtators auf Strafe gerichtet ſein kann; aber es iſt eben ſo gut auch ſehr wohl möglich, daß der Teſtator die Abſicht zu ſtrafen nicht gehabt hat, und doch wird die Disposition wirkungslos bleiben. Daher haben wir denn auch hier keine Ausnahme von der Regel, daß kein Unterſchied ſein ſoll zwiſchen dem, was **Poenae nomine** angeordnet iſt, und demjenigen, was dieſen Charakter nicht hat. Vielmehr ſind überhaupt die Juſtinianiſchen Ausnahmen nur ſcheinbare Ausnahmen.

Wir haben nun zweierlei Arten letztwilliger Verfügungen kennen gelernt, von denen man ſagen muß, die Motive ſtehen mit dem Weſen der Verfügungen ſelbſt im Widerſpruch. Die erſte Art jener Verfügungen iſt ungültig noch im Juſtinianiſchen Rechte; die zweite iſt es nicht mehr.

Nun iſt aber noch einer dritten Art letztwilliger Verfügungen zu gedenken, die ebenfalls in die erwähnte Kategorie gehört; worüber aber zu wenig zu ſagen iſt, als daß ich für angemeſſen gehalten hätte, dafür einen eignen Paragraphen zu beſtimmen. Die Sache iſt die: Wenn Jemand in einen Rechtsſtreit verwickelt iſt, und bloß in der Abſicht, die Lage des Gegners zu verſchlimmern, ihm einen mächtigeren Widerſacher entgegenzuſtellen, den Regenten zum Erben einſetzt; ſo ſoll dieſe Erbeseinſetzung als ungültig betrachtet werden [7]).

b. In Anſehung des Inhaltes des Gewollten.
(§. §. 798 — 800.)

§. 798.

α. Von der Ungültigkeit perplexer Dispoſitionen.

Man ſagt von einer Dispoſition, daß ſie perplex ſei, wenn ſie in ſich ſelbſt widerſprechend iſt. Wird dies durch eine Bedingung bewirkt, welche der Dispoſition hinzugefügt iſt, ſo nennt man auch dieſe Bedingung eine perplexe. Bei einer ſolchen perplexen Bedingung kann der innere Widerſtreit

7) §. ult. I. quib. mod. testam. infirm. II, 17. L. 91. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

die Bedingung ſelbſt zu einer unerfüllbaren machen; es kann aber auch ſein, daß die Bedingung an ſich vollkommen erfüllbar iſt, aber im Widerſtreite ſteht mit dem daran geknüpften Erfolg [1]). Dergleichen perplexe Dispoſitionen nun ſind nichtig [2]).

Von der eben aufgeſtellten Regel ſind jedoch ſolche perplexe Dispoſitionen, welche *praeposterae* genannt werden, ausgenommen. Man ſagt aber von einer Dispoſition, ſie ſei praepostere concipirt, wenn das dadurch zu begründende Recht früher wirkſam ſein ſoll, als es vorhanden iſt. Eine ſolche Willenserklärung, ſie ſei nun eine Willenserklärung unter Lebendigen, oder eine Willenserklärung von Todeswegen, wird dadurch aufrecht erhalten, daß man die Beſtimmung, der zu Folge das fragliche Recht früher wirkſam ſein ſoll, als es vorhanden iſt, als nicht hinzugefügt betrachtet [3]).

§. 799.

β. Ueber die Frage, inwieweit der Inhalt eines letzten Willens in die Willkür eines Andern geſtellt werden dürfe.

Derjenige, welcher ſeinen letzten Willen erklärt, darf gewiſſe weſentliche Beſtimmungen nicht geradezu der unbedingten Willkür eines Andern überlaſſen. Es fragt ſich, welche ſind dieſe?

1. Es iſt unſtatthaft, die Bezeichnung des Erben der Willkür eines Andern zu überlaſſen [1]).

2. Es iſt unzuläſſig, ein Vermächtniß anzuordnen, und es, ohne alle eigene Beſtimmung in die reine Willkür eines Andern zu ſtellen, wer das Vermächtniß haben ſolle. Wohl aber iſt das verſtattet, mehre Perſonen zu bezeichnen, und dem mit dem

1) Ein Beiſpiel der erſten Art enthält L. 16. D. d. condit. insti. tut. XXVIII, 7. (S. ob. §. 95. Note 16.) Ein Beiſpiel der zweiten Art ſiehe L. 65. D. ad leg. Falcid. XXXV, 2. » . . . Sed si quinquaginta aurei legati sint, *si quinquaginta dedisset*, dicendum, inutile esse legatum, et magis ridiculum esse.«

2) S. die vor. Note und vergl. L. 188. pr. D. d. R. J.

3) L. 25. C. d. testam. VI, 23. womit zu vergleichen §. 14. I. d. inutilib. stipul. III, 19. (20.)

1) L. 32. pr. D. d hered. inst. XXVIII, 5.

Vermächtniß Belaſteten, unter dieſen mehren Perſonen die Wahl einzuräumen [2]).

3. Eine Erbeseinſetzung, bei welcher der Teſtator die Perſon des Erben zwar beſtimmt angibt, es aber geradezu in die reine Willkür eines Dritten ſtellt, ob der Bezeichnete die Erbſchaft in der That erhalten ſolle, oder nicht, iſt ungültig. Z. B. wenn der Teſtator ſo ſagt: »Si Titius voluerit, Sempronius heres esto.« Dagegen iſt die Inſtitution gültig, ſobald ſie nicht geradezu, ſondern nur indirecter Weiſe durch die Willkür eines Dritten bedingt iſt. Z. B. wenn der Teſtator folgender Maßen disponirt: Wenn A. den B. nicht in ſeine Handlung aufnimmt, ſo ſoll B. mein Erbe ſein [3]).

4. Es iſt unzuläſſig, ein Vermächtniß zu Gunſten einer beſtimmten Perſon anzuordnen, und es geradezu der reinen Willkür des Belaſteten anheimzugeben, ob das Vermächtniß dem Honorirten in der That zu Statten kommen ſolle. So z. B. iſt ein dem Erben unter der Bedingung »si voluerit« auferlegtes Vermächtniß ungültig [4]).

Sobald aber das Vermächtniß nicht von der reinen Willkür des Belaſteten, ſondern von deſſen billigem Ermeſſen abhängt; das Arbitrium alſo ein Boni viri arbitrium ſein ſoll, ſo kann das Vermächtniß zu Recht beſtehen [5]).

Und ferner: Es iſt ſogar zuläſſig, ein Vermächtniß von der reinen Willkür des Belaſteten abhängig zu machen, ſobald dies nur nicht direct, ſondern auf eine indirecte Weiſe geſchieht; nämlich durch Hinzufügung einer Bedingung, die zwar nicht geradezu ſo lautet: „wenn der Belaſtete will“, doch aber von der Beſchaffenheit iſt, daß der Erfolg oder Nichterfolg derſelben von der Willkür des Belaſteten abhängt [6]).

Aber nun fragt es ſich: darf etwa die Wirkſamkeit eines Vermächtniſſes geradezu in die reine Willkür eines Dritten geſtellt werden? in die reine Willkür alſo eines Andern, als

2) Siehe L. 67. §. 7. L. 77. §. 4. d. legat. II. L. 17. §. 6. D. ad SCtum Trebell. XXXVI, 1.

3) L. 68. D. d. hered. instit. XXVIII, 5. Vgl. unten Note 8.

4) L. 11. §. 7. D. d. legat. III.

5) cit. L. 11. §. 7. D. d. legat. III. L. 75. pr. D. d. legat. I.

6) L. 3. D. d. legat. II.

des Belaſteten? Hierüber finden ſich in den Pandekten widerſtreitende Stellen. Nach mehren Stellen des Ulpian iſt die Frage zu bejahen 7). Dagegen muß unſere Frage nach einer Stelle des Modeſtinus verneint werden 8). Und an dieſe Stelle haben wir uns zu halten. Denn einmal hat die in dieſer Stelle enthaltene Anſicht die Conſequenz für ſich; ſie ſteht mit den allgemeinen Grundſätzen im Einklange, während Ulpian, man ſieht nicht weshalb, ſich davon entfernt. Sodann iſt Modeſtinus der jüngere Juriſt.

5. In Hinſicht auf den Gegenſtand und auf die Zeit eines zu leiſtenden Vermächtniſſes iſt Folgendes zu bemerken:

Wenn die Größe eines Vermächtniſſes fremder Beſtimmung überlaſſen iſt, ſo wird das Arbitrium, worauf es ankommt, als ein Arbitrium boni viri angeſehen, und das Vermächtniß kann zu Recht beſtehen 9).

Auch iſt es verſtattet, bei einem Vermächtniſſe die nähere Beſtimmung des Gegenſtandes abhängig zu machen von der Wahl des Honorirten, oder des Belaſteten, oder auch eines Dritten. Dahin gehören die ſ. g. alternativen Legate, das ſogenannte Legatum generis und das Legatum optionis oder electionis, wovon weiterhin, in der Lehre von den Vermächtniſſen, das Nähere vorkommen wird. §. 1021.

Endlich iſt es verſtattet, die Zeit eines zu leiſtenden Vermächtniſſes in die Willkür des Belaſteten zu ſtellen. In dieſem Falle wird, wenn der Belaſtete ſtirbt, ohne die Zeit beſtimmt zu haben, das Vermächtniß ſo angeſehen, wie wenn es auf den

7) L. 43. §. 2. D. d. legat. I. L. 1. pr. D. d. legat. II. Vergl. L. 46. §. 2. D. d. fideicommiss. libert. XL, 5.

8) L. 52. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1. »Nonnunquam contingit, ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intelligi potuissent, nec essent obfutura; quod evenit, si alicui ita legatur: »Titio decem do, lego, si Maevius Capitolium ascenderit«; nam quamvis in arbitrio Maevii sit, an Capitolium ascendat et velit efficere, ut Titio legatum debeatur, non tamen poterit aliis verbis utiliter legari: »si Maevius voluerit, Titio decem do«; nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest. Inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent.« Vgl. cit. L. 68. D. d. hered. inst.

9) L. 1. §. 1. D. d. legat. II.

Todesfall des Belaſteten hinterlaſſen wäre: Es kann dann alſo von den Erben des Belaſteten gefordert werden [10]. Vgl. §. 415. Nr. 3.

Dies ſind die wichtigſten Beſtimmungen des Römiſchen Rechts über den Gegenſtand, von welchem hier die Rede iſt.

In dem Corpus juris canonici findet ſich nun aber eine Stelle, nach welcher es ſcheinen könnte, als ob das Canoniſche Recht es geſtatte, den Inhalt letztwilliger Verfügungen ſchlechthin in die reine Willkür irgend eines Andern zu ſtellen, nämlich c. 13, X. de testamentis. III, 26. In der That ſcheint es aber nur ſo. Die Stelle enthält nur den Schluß einer Decretale von Innocenz III. Lieſt man aber die Decretale in ihrem ganzen Zuſammenhange, ſo zeigt es ſich, daß jener Schluß eine ganz ſpecielle Beziehung auf ganz beſondere Vorausſetzungen hat, und daß es durchaus nicht darauf abgeſehen war, einen allgemeinen, den Römiſchen Principien widerſtreitenden Grundſatz aufzuſtellen [11]. Andere glauben allerdings in unſerer Stelle einen ſolchen Grundſatz zu finden [12]. Indeſſen, angenommen, auch dieſe Anſicht wäre richtig, ſo hält man ſich doch, ſo viel mir bekannt iſt, in praxi an die Beſtimmungen des Römiſchen Rechts.

§. 800.

γ. Ueber Verfügungen in Betreff einer Incerta persona.

COD. VI, 48. De incertis personis.

Es war Grundſatz des älteren Rechts, daß keine letztwillige Verfügung zu Rechte beſtehen könne, welche ſich auf eine Incerta persona beziehe [1], — ein Grundſatz, auf welchen man mit ſolcher Strenge hielt, daß man ihn ſogar bei dem ſo ſehr begünſtigten Testamentum militis zur Anwendung brachte.

Unter einer Incerta persona verſteht man aber eine Perſon, bei welcher zur Zeit des errichteten letzten Willens die Möglich-

10) L. 11. §. 6. L. 41. §. 13. D. d. legat. III.

11) Siehe Glück, Opuscula juridica. Fasc. I. p. 238. folg.

12) Z. B. Wening-Ingenheim, gem. Civilr. Buch V. §. 61.

1) Gaj. II. §. §. 238. folg. 287. Ulp. XXII. §. 4. XXIV. §. 18. XXV. §. 13. §. §. 25. 26. I. d. legat. II, 20.

keit wegfällt, ſich von ihr eine Vorſtellung nach individuellen Merkmalen zu machen. Und daher ſtreitet es denn namentlich gegen die Regel von der **Incerta persona**:

1. Wenn Jemand die Perſon des zu Honorirenden nur auf die Weiſe bezeichnete: Derjenige ſoll mein Erbe ſein u. ſ. w., der dieſe oder jene Handlung vornehmen, oder mit dem dieſes oder jenes ſich zutragen wird. Natürlich konnte bei einer Dispoſition dieſer Art der Teſtator den zu Honorirenden ſich unmöglich als ein beſtimmtes Individuum vorſtellen.

2. Streitet gegen unſere Regel jede Verfügung zu Gunſten eines zur Zeit des errichteten letzten Willens noch nicht Gebornen, alſo zu Gunſten eines **Postumus**; denn einen noch nicht Gebornen kann man ſich auch nicht nach individuellen Merkmalen vorſtellen. Indeſſen von dieſer Anwendung unſerer Regel gab es doch ſchon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten mehr als Eine Ausnahme. Nämlich **jure civili** waren **Sui postumi** von der Regel ausgenommen, d. h. ſolche zur Zeit des Teſtamentes noch nicht Geborene, die, wenn ſie nun ſpäter geboren wurden, der väterlichen Gewalt des Teſtators unmittelbar unterworfen waren, oder wenigſtens ſo angeſehen wurden. Das Nähere über dieſen Begriff wird in der Folge vorkommen. (§. 855.) Dergleichen **Sui postumi** nun konnte man **jure civili** gültiger Weiſe zu Erben einſetzen, oder mit Vermächtniſſen bedenken. Noch weiter ging das prätoriſche Recht. Der Prätor nemlich gab auch dem zum Erben eingeſetzten **alienus postumus**, d. h. einem **Postumus**, der kein **Suus** des Teſtators war, **Bonorum possessio secundum tabulas** [2]).

3. War es gegen unſere Regel, wenn Jemand zum Vortheil irgend eines Aggregates von Perſonen disponirte, welches ſich zwar nach einem allgemeinen Merkmal auffaſſen ließ, nicht aber nach der Individualität der Einzelnen — wie wenn Einer z. B. die Armen zu Erben einſetzte.

Auf die hier bezeichnete Weiſe verhielt es ſich zur Zeit der claſſiſchen Juriſten.

2) S. §. 28. **I. d. legat. II, 20.** pr. I. d. bonor. possess. III, 9. (10.)

Die erſte Abweichung von dem früheren Grundſatze zeigt ſich darin, daß unter den chriſtlichen Imperatoren letztwillige Verfügungen zu Gunſten der Armen, oder zum Behuf der Loskaufung von Gefangenen für ſtatthaft und wirkſam erklärt wurden. Und zwar in der Art: Eine unbeſtimmt gefaßte Dispoſition zu Gunſten der Armen ſoll dem am Wohnorte des Teſtators befindlichen Armenhauſe zu Statten kommen; fehlt es an einem ſolchen, ſo ſoll der **Episcopus** des Ortes, oder deſſen Rechnungsführer, der **Oeconomus**, den Betrag der Erbſchaft oder des Vermächtniſſes unter die Ortsarmen vertheilen. — Der Erfolg aber einer Dispoſition zur Loskaufung von Gefangenen ſoll dieſer ſein: Hat der Teſtator die Realiſirung einer ſolchen Verfügung einer beſtimmten Perſon übertragen, ſo ſoll dieſe für die beabſichtigte Verwendung der Erbſchaft oder des Vermächtniſſes Sorge tragen; außerdem aber auch hier wieder der **Episcopus** oder **Oeconomus** des Wohnortes des Verſtorbenen [3]).

Viel weiter iſt nun aber Juſtinian in einer andern Conſtitution gegangen; er hat in dieſer die ganze Regel mit wenigen Ausnahmen aufgehoben. Von dieſer Conſtitution gibt der §. 27. **I. d. legat. II, 20.** Nachricht; allein die Conſtitution ſelbſt iſt für uns verloren gegangen; wir wiſſen nur ſo viel, daß ſie im **Cod. VI. Tit. 48.** geſtanden haben muß, welcher die Ueberſchrift führt: »**De incertis personis.**« Nur dieſe Rubrik iſt uns erhalten. Was in neueren Ausgaben unter dieſer Rubrik abgedruckt iſt, beſteht nur in Inhaltsanzeigen, die theils aus den Inſtitutionen, theils aus einem ſpätern Griechiſchen Schriftſteller entlehnt ſind. — Alſo: Nach Juſtinianiſchem Rechte kann auch eine **Incerta persona** gültiger Weiſe bedacht werden; namentlich iſt es nunmehr ſelbſt **jure civili** zuläſſig, nicht nur **suos**, ſondern auch **alienos postumos** zu Erben einzuſetzen [4]).

Was aber die Ausnahmen betrifft, die ich vorhin andeutete, ſo ſind ſie folgende:

3) **L. 24. L. 28. C. d. episcop. et cler. I, 3.** Insbeſondere **L. 49. C. eod.**, eine Conſtitution Juſtinian's, womit zu vergleichen **Nov. 131. c. 11.**

4) **cit. pr. I. d. bonor. poss. III, 9.**

1. Niemand darf eine **Incerta persona** zum Tutor ernennen [5]).

2. Die Erbeseinſetzung von Kindern, welche der Teſtator ſich als ſolche denkt, die er dereinſt mit einer gegenwärtig mit einem Andern verheiratheten Frau erzeugen könnte, iſt eine **turpis institutio**, und deshalb nichtig [6]).

3. Nichtig iſt auch die Erbeseinſetzung von ſolchen **Postumis**, die Jemand aus einer unſtatthaften Ehe erwartet [7]).

B. Von der Willensäußerung. (§. §. 801—803.)

a. Ueber die Art und Weiſe derſelben. (§. §. 801. 802.)

§. 801.

α. Allgemeine Grundſätze.

A. Im Allgemeinen ſind bei der Aeußerung eines letzten Willens nicht bloß Worte zuläſſig, ſondern auch andere Zeichen der Gedanken; auch können gelegentlich dergleichen andere Zeichen und Worte verbunden werden. So kann derjenige, welcher mündlich teſtiren will, wenn der zum Erb.n zu Ernennende gegenwärtig iſt, die Erbeseinſetzung ſo einrichten, daß er, indem er auf den zu Ernennenden hinzeigt, die Worte ſpricht: „dieſer ſoll mein Erbe ſein“ [1]). Worte und körperliche Hinweiſung ſind hier vereinigt. Eine Erklärung dieſer Art iſt nun aber doch **a potiori** als eine wörtliche Erklärung anzuſehen. Das Zeichen dient hier nur zur Unterſtützung der Worte.

B. Was die Aeußerung des letzten Willens durch Worte insbeſondere betrifft, ſo iſt

1. ſchriftliche und mündliche Erklärung beides zuläſſig. Bei der ſchriftlichen iſt es nicht nothwendig, daß der Teſtator ſelbſt, mit eigner Hand ſeinen letzten Willen niederſchreibt. Er kann ſich der Hand eines Andern bedienen; und

5) §. 27. I. d. legat. II, 20.

6) L. 9. §. 1. D. d. liber. et postum. XXVIII, 2.

7) cit. L. 9. §. §. 3. 4. L. 28. §. 3. D. eod. §. 28. I. d. legat.

1) Dieſer Fall iſt ausdrücklich enthalten in L. 58. pr. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

zwar eines Jeden; das iſt die Regel. Eine Beſchränkung dieſer Regel wird vorkommen im folgenden §. 802. Auch iſt es nicht nöthig, daß der ganze letzte Wille von Einer Hand geſchrieben ſei. — Beiläufig bemerke ich, daß derjenige, welcher auf des Teſtators Geheiß deſſen letzten Willen zu Papier bringt, **Testamentarius** genannt wird.

2. Die Bezeichnung von Perſonen oder Sachen kann durch die Angabe von Eigennamen geſchehen; aber auch durch Beſchreibung, durch Demonstratio, alſo durch die Angabe anderer Merkmale. Die Beſchreibung gilt der namentlichen Bezeichnung vollkommen gleich [2]). Nur darf, der Regel nach, die Beſchreibung keine Beſchimpfung des Honorirten enthalten, ſonſt iſt die ganze Disposition nichtig [3]). Bloß dem Vater iſt es geſtattet, den Sohn auch durch beſchimpfende Merkmale zu bezeichnen [4]).

3. Es iſt zuläſſig, daß Jemand ſeinen Willen durch Bezugnahme auf eine anderweitige Erklärung, auf eine anderweitige Beſtimmung zu erkennen gebe. So iſt es namentlich zuläſſig, daß der Teſtator im Teſtamente ſelbſt den Erben nicht geradezu nenne, ſondern dieſerhalb auf einen anderweitigen Aufſatz, auf ſeine dereinſtigen Codicille verweiſe [5]). Ebenſo iſt es zuläſſig, daß der Teſtator Jemanden zum Erben ernenne, dabei aber ſich vorbehalte, die Größe der Erbportion in künftig zu errichtenden Codicillen zu beſtimmen. Erfolgt dieſe Beſtimmung nicht, ſo iſt dann der Erbe anzuſehen, als **Heres sine parte** [6]).

C. Es bleibt jetzt noch die Frage übrig, ob und wieweit es bei letztwilligen Dispoſitionen einer ausdrücklichen Erklärung bedarf? Wir müſſen ſagen, im Allgemeinen iſt eine ausdrück-

2) **L. 9. §. 8. D. eod. L. 34. pr. D. d. condit. et demonstrat. XXXV, 1.** »Si nominatim alicui legetur ita: Lucio Titio, an per demonstrationem corporis, vel artificii, vel officii, vel necessitudinis, vel affinitatis, nihil interest; nam demonstratio plerumque nominis vice fungitur, nec interest falsa an vera sit, si certum sit, quem testator demonstraverit.«

3) cit. **L. 9. §. 8. D. d. hered. inst. L. 54. pr. D. d. legat. I.**

4) **L. 48. §. 1. D. d. hered. inst. L. 3. pr. D. d. liber. et postum. XXVIII, 2.**

5) **L. 77. D. d. hered. inst.**

6) **L. 36. D. eod.** Ein anderes Beiſpiel ſiehe **L. 59. §. 1. D. eod.**

liche Erklärung gerade nicht nothwendig. Aber es fragt ſich, kann man dies ſchlechthin in allen Beziehungen behaupten?

Nach älterem Rechte erforderten rothwendig eine ausdrückliche Erklärung: Erbeseinſetzung, Legat, teſtamentariſche Manumiſſion und teſtamentariſche Tutel. Ja, nicht nur daß es hier durchweg einer ausdrücklichen Erklärung bedurfte, die Erklärung mußte überdies befehlsweiſe abgefaßt ſein, **verbis imperativis**, der Teſtator mußte ſich beſtimmter, feierlicher Formeln bedienen [7]).

Anders verhielt es ſich in Hinſicht der Fideicommiſſe. Hier reichte es hin, wenn nur der Verſtorbene ſeinen Willen auf irgend eine Weiſe zu erkennen gegeben hatte. Es war genug, wenn er eine in Beziehung auf das anzuordnende Fideicommiß ihm vorgelegte Frage mit einem beifälligen Winken beantwortet hatte [8]). Daher galten denn nun auch ſolche Fideicommiſſe, welche auf einer bloßen **Conjectura voluntatis** beruheten [9]).

Im neueren Rechte fällt die Nothwendigkeit feierlicher Formeln und Willenserklärungen überhaupt weg: ſie wurden aufgehoben ſchon unter den Söhnen und Nachfolgern Conſtantin des Großen, wie wir aus mehren Stellen des Juſtinianiſchen Codex ſehen [10]). Wenn es nun aber keiner feierlichen Worte mehr bedarf, fällt auch das Erforderniß einer ausdrücklichen Erklärung da, wo ſie früher Statt fand, hinweg? Im Allgemeinen läßt ſich das keinesweges behaupten. Von Legaten gilt allerdings im Juſtinianiſchen Rechte daſſelbe, was nach älterem Rechte in Hinſicht der Fideicommiſſe Statt fand: Dies hat ſeinen Grund darin, daß überhaupt im Juſtinianiſchen Rechte der Unterſchied zwiſchen Legaten und Fidei-

7) Siehe u. A. **Gaj. I. §. 149. sq. II. §. §. 117. 193. sq. Ulp. II. §. 7.**

8) **Ulp. XXV. §. 3. L. 21. pr. D. d. legat. III. (Paulus.)**

9) Vgl. **L. 64. D. d. legat. II.**, welche die Regel und zugleich ein Beiſpiel der Anwendung enthält. Andere Beiſpiele ſiehe **L. 69. pr. D. eod. L. 92. L. 93. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1. L. 15. C. d. fideicommiss. VI, 42.**

10) Auf letztwillige Erklärungen insbeſondere beziehen ſich **L. 15. C. d. testam. VI, 33. (Imppp. Constantinus, Constantius et Constans. A. 339. p. Ch.) L. 21. C. d. legat. VI, 37. (Iidem. A. 339. p. Ch.)**

commiſſen größtentheils aufgehoben iſt. Und ſo müſſen wir alſo im Juſtinianiſchen Rechte von den Vermächtniſſen überhaupt ſagen: Schon eine ſtillſchweigende Erklärung iſt hinreichend; es genügt an einer bloßen Erkennbarkeit des Willens. Ferner bedarf es im Juſtinianiſchen Rechte auch für die teſtamentariſche Manumiſſion nicht immer gerade einer ausdrücklichen Erklärung [11]). Daß aber das Erforderniß einer ausdrücklichen Erklärung auch außerdem wegfalle, läßt ſich nicht behaupten, und namentlich erfordert auch nach dem neueſten Juſtinianiſchen Rechte noch die Erbeseinſetzung eine ausdrückliche Erklärung.

§. 802.

β. Beſondere Beſtimmungen des Senatusconsultum Libonianum.

† DIG. XLVIII, 10. De Lege Cornelia de falsis, et de SCto Liboniano. — † COD. IX, 23. De his, qui sibi adscribunt in testamento.

Es iſt vorhin bemerkt worden, daß Jemand ſeinen letzten Willen durch einen Andern könne niederſchreiben laſſen. Dies iſt aber einer Beſchränkung unterworfen. Nämlich: Anordnungen in einem ſchriftlich abgefaßten letzten Willen kommen demjenigen, auf deſſen Berechtigung, auf deſſen Vortheil ſie abzwecken, nicht zu Statten, ſobald er ſelbſt ſie geſchrieben hat. Daß es ſo iſt in dem Fall, da das Geſchriebene dem Willen des Verſtorbenen widerſtreitet, darin wird Niemand etwas Auffallendes finden, und eben ſo wenig darin, daß den Schreiber, wenn er ſich eines wirklichen Falsum ſchuldig gemacht hat, die öffentliche Strafe der Verfälſchung trifft. Wohl aber liegt etwas ganz Beſonderes darin: Auch wenn ſich nicht nachweiſen läßt, daß das Geſchriebene dem Willen des Verſtorbenen entgegen iſt, auch dann kommt es dem Schreiber nicht zu Statten; und ohne alles wirkliche Falsum verfällt er dennoch in die öffentliche Strafe der Verfälſchung. Nämlich, um deſto ſicherer Verfälſchung zu

11) L. 5. C. d. necess. serv. hered. inst. VI, 27.

verhüten, wird ſchon derjenige gleich einem wirklichen Verfälſcher behandelt, der ſich nur in die Lage geſetzt hat, daß der Verdacht der Verfälſchung gegen ihn entſtehen kann; was eben der Fall iſt, wenn er ſich ſelbſt etwas zugeſchrieben hat. Es beruht dies zunächſt auf dem **SCtum Libonianum** v. J. 16. nach Chr. Doch wird in Bezug auf unſern Rechtsſatz auch ein **SCtum Claudianum**, und außerdem noch ein Edict des Kaiſers *Claudius* angeführt.

Ich will nunmehr noch eine Reihe einzelner Bemerkungen zur näheren Erläuterung und Beſtimmung unſers Rechtsſatzes folgen laſſen.

1. Ausdrücklich ſprach das Senatusconſult nur von *gewiſſen* letztwilligen Anordnungen, nämlich von ſolchen, welche die Ernennung eines Erben, oder die Verleihung eines Legats, oder die Ertheilung der Freiheit an einen eigenen Sclaven des Teſtators zum Gegenſtande hatten [1]. Die **Sententia SCti** ging aber allerdings weiter, und daher finden wir das Senatusconſult angewandt auch auf andere letztwillige Verfügungen, ſelbſt auf die Ernennung zum Tutor [2].

2. Denken wir uns ein Verhältniß der Gewalt, und eine darauf gegründete juriſtiſche Einheit der Perſonen, vermöge welcher die Eine durch die Andere erwirbt. Hier wird derjenige, welcher dem ſeiner Gewalt Unterworfenen etwas zuſchreibt, oder umgekehrt durch dieſen ſich etwas zuſchreiben läßt, ſo angeſehen, wie wenn er unmittelbar ſich ſelbſt etwas zugeſchrieben hätte [3].

3. Bei Beſtimmung der rechtlichen Folgen, welche eintreten, wenn Jemand ſich ſelbſt etwas zugeſchrieben hat, müſſen wir *dreierlei Arten von Fällen* unterſcheiden:

a. Zunächſt wollen wir uns den Fall denken, daß Jemand ſich einen *poſitiven Vortheil* zugeſchrieben hat. Die privatrechtliche Folge iſt die, daß das Geſchriebene **pro non scripto** iſt, die Anordnung iſt anzuſehen, als nicht getroffen [4]. Nur

1) L. 1. D. d. his, quae pro non script. XXXIV, 8. L. 15. §. 2. L. 22. §. 9. D. h. t.

2) cit. L. 22. §. §. 8 — 11. D. eod. — L. 29. D. d. testamentar. tut. XXVI, 2.

3) Das Nähere hierüber enthalten L. 10. L. 11. pr. L. 15. pr. L. 22. §. §. 1 — 5. D. h. t.

4) cit. L. 1. L. 5. D. d. his, quae pro non script. XXXIV, 8. L. 5. L. 6. C. h. t.

dürfen allerdings dritte Perſonen unter der Ungültigkeit der Anordnung nicht leiden. Angenommen alſo: A. hat ſich ſelbſt ein Vermächtniß zugeſchrieben, es iſt ihm aber zugleich die Verpflichtung auferlegt, den Gegenſtand des Vermächtniſſes nach einiger Zeit an den B. herauszugeben. Hier wird der Erfolg dieſer ſein: A. erhält das Vermächtniß nicht; vielmehr verbleibt der Gegenſtand deſſelben dem Erben — aber er verbleibt dem Erben mit derſelben Verpflichtung, welche dem A. auferlegt iſt: der Erbe muß ihn zu ſeiner Zeit an den B. herausgeben [5]. Neben der durch das Bisherige bezeichneten privatrechtlichen Folge tritt nun aber außerdem gegen den Schreiber auch noch öffentliche Strafe ein.

b. Ich gehe über zu einer andern Art von Fällen. Es kann geſchehen, daß Jemand in dem letzten Willen eines Andern etwas niederſchreibt, wodurch *zunächſt nur einem Dritten etwas entzogen wird*, woraus aber für den Schreibenden *indirect ein Vortheil erwächſt*, indem das dem Dritten Entzogene ihm zu Gute kommen ſoll. Denken wir uns namentlich den Fall: der eingeſetzte Erbe iſt im Teſtamente mit einem Vermächtniß belaſtet; aber in einem ſpäteren, von dem Erben ſelbſt geſchriebenen Codicill nimmt der Teſtator das Vermächtniß zurück. Von dieſer Zurücknahme hat natürlich der Erbe indirect Vortheil, indem er nun der Laſt des Vermächtniſſes enthoben iſt. In einem ſolchen Falle iſt der Erfolg dieſer: das Geſchriebene iſt hier keinesweges **pro non scripto**, vielmehr bleibt die letztwillige Anordnung inſoweit, als ſie dem Dritten etwas nimmt, bei Kräften, vorausgeſetzt nur, daß ſie dem Willen des Teſtators in der That entſpricht, daß alſo kein wirkliches **Falsum** im Spiele iſt. In unſerm Beiſpiele alſo bekommt der Legatar das ihm früher ausgeſetzte Vermächtniß nicht. Aber der Schreiber hat davon in effectu wenigſtens keinen Vortheil. Denn es trifft ihn die öffentliche Strafe des **Falsum**. Dieſe aber führt, nach Römiſchem Rechte, die Confiscation des geſammten Vermögens mit ſich, und ſonach fällt dem Fiscus auch

5) cit. L. 5. D. d. his, quae pro non script. L. 14. i. f. D. h. t.

jener ſpecielle Vortheil zu [6]). Nun iſt allerdings heutiges Tages die öffentliche Strafe des **Falsum** eine andere als nach Römiſchem Rechte — aber in der beſonderen Beziehung, von welcher ich hier ſpreche, müſſen wir die Römiſchen Beſtimmungen doch für anwendbar achten; wir müſſen ſagen, der Vortheil aus dem Geſchriebenen geht auf den Fiscus über. Denn der Schreiber ſelbſt darf keinen Vortheil haben, und es läßt ſich nicht abſehen, wem ſonſt der Vortheil ſollte zu Statten kommen.

c. Zuletzt iſt nun noch der Fall zu berückſichtigen, da Jemand in dem letzten Willen eines Andern einen Satz geſchrieben hat, in welchem er zum Tutor ernannt wird. Daß er ſich da einen Vortheil zugeſchrieben habe, läßt ſich gerade nicht ſagen; die Tutel wird ja vielmehr als eine Laſt betrachtet. Indeſſen wird doch das Senatusconſult auch auf dieſen Fall bezogen. Den Schreiber trifft zwar nicht die öffentliche Strafe des **Falsum**; davon kommt nirgend etwas vor; aber es iſt doch das Geſchriebene inſofern **pro non scripto**, als der Schreiber nur mittelſt obrigkeitlicher Anordnung, nicht aber auf den bloßen Grund der letztwilligen Verfügung des Verſtorbenen zur Tutel gelangen kann [7]).

4. Es gibt Vorausſetzungen, unter welchen die rechtlichen Folgen, welche der Regel nach eintreten, wenn Jemand ſich ſelbſt etwas zugeſchrieben hat, nicht eintreten. Einige ſind von der Art, daß der Schreiber nur eben mit öffentlicher Strafe verſchont bleibt: dieſe können wir hier unberückſichtigt laſſen. Dann gibt es aber auch Vorausſetzungen, unter welchen jeder nachtheilige Erfolg wegfällt. Dahin gehört vornämlich Folgendes:

a. Das Senatusconſult findet keine Anwendung, wenn der Schreibende ein Unmündiger, ein **Impubes** iſt [8]).

b. Ferner fällt das Senatusconſult weg, wenn dem ſchriftlich abgefaßten letzten Willen die eigenhändige Genehmigung des Verſtorbenen beigefügt iſt. Und zwar reicht hier, wenn der Schreiber in des Verſtorbenen Gewalt ſtand, ſchon eine allgemeine

6) Siehe L. 5. L. 6. §. §. 1. 2. L. 22. §. 7. D. h. t.

7) Vergl. cit. L. 29. D. d. testamentar. tut. mit L. 18. §. 1. D. h. t.

8) L. 22. pr. D. h. t.

Genehmigung des Inhalts hin. Außerdem aber muß die Genehmigung ſpeciell auf dasjenige gerichtet ſein, was der Schreiber ſich ſelbſt zugeſchrieben hat [9]).

c. Auch in folgendem Falle wird das Senatusconſult nicht angewandt: Es hat Jemand ſich ſelbſt etwas zugeſchrieben, doch ſeinen Namen wenigſtens hat er nicht ſelbſt geſchrieben, der iſt von anderer Hand hinzugefügt [10]).

d. Wenn Jemand denjenigen, der ſein einziger Inteſtaterbe iſt, im Teſtamente zum alleinigen Erben ernennt — und der Inſtituirte ſelbſt die Erbeseinſetzung ſchreibt, ſo läßt man die Erbeseinſetzung gelten, eben weil der Inſtituirte die Erbſchaft auch ohne Erbeseinſetzung würde erhalten haben. Dieſer Satz läßt ſich ableiten aus der **L. 1. C. h. t.** [11]). Der ſpecielle Fall, auf den die Stelle ſich bezieht, iſt darin nicht ganz genau bezeichnet. Es ſcheint aber, daß wir uns denſelben ſo zu denken haben: Jemand hatte ſein einziges Kind, einen emancipirten Sohn, zum Erben eingeſetzt, ohne ihm andere Miterben, noch auch einen Subſtituten zu geben. Und dieſe Erbeseinſetzung war von des Sohnes eigener Hand geſchrieben. Die Entſcheidung iſt dieſe: die Erbeseinſetzung beſteht. Der Grund aber wird darin geſetzt: Wollte man auch die Erbeseinſetzung als nicht geſchrieben anſehen, der Sohn würde doch zur Erbſchaft gelangen, nämlich **ab intestato**. Und ſo muß denn daſſelbe in jedem ähnlichen Falle gelten.

Was die Strafbeſtimmungen des **SCtum Libonianum** betrifft, ſo iſt mit Ausnahme jener einzelnen beſonders erwähnten Beziehung, in welcher die Römiſchen Strafbeſtimmungen auch noch heutiges Tages für anwendbar zu achten ſind, die heutige Anſicht die: Derjenige, der in dem Teſtamente eines Andern etwas zu ſeinem Vortheil geſchrieben hat, wird mit öffentlicher

9) L. 1. §. 8. L. 14. pr. L. 15. §. §. 1—3. D. h. t. L. 2. C. h. t.

10) L. 15. §. 6. D. h. t.

11) »Quamquam ita interpretantur jurisperiti, ut contra legem Corneliam videatur se scribere heredem emancipatus filius patre dictante, tamen si, quum testamentum non esset scriptum, justus successor futurus esset accepta bonorum possessione filius patri, perinde habebitur, atque si sua manu pater tuus te heredem scripsisset, functus dulci officio.« (Imp. Antoninus, A. 212.)

Strafe überall nur dann belegt, wenn es ſich zeigt, daß er ein wirkliches Falsum begangen hat. Daß übrigens die öffentliche Strafe ſelbſt, bei uns eine andere iſt, als bei den Römern, iſt bereits angeführt worden.

§. 803.

b. Ueber den möglichen Widerſtreit zwiſchen einer letztwilligen Erklärung und der ihr zum Grunde liegenden Abſicht.

Es ſind hier zwei Hauptfälle zu unterſcheiden.

A. Die letztwillige Erklärung enthält etwas poſitiv Falſches.

B. Es iſt etwas ganz und gar ausgelaſſen.

A. Bei dem erſten Hauptfall iſt alſo die Vorausſetzung dieſe: Es finden ſich in der letztwilligen Erklärung Aeußerungen, welche mit Beſtimmtheit auf etwas Anderes hinweiſen, als was der Verſtorbene gewollt hat — die Schuld liege nun an dem Verſtorbenen ſelbſt, oder an irgend einem Andern, z. B. an demjenigen, welchem er aufgab, ſeinen letzten Willen niederzuſchreiben. Dieſer Fall läßt ſich auf mancherlei Weiſe denken:

So kann es ſein, daß neben demjenigen, den der Teſtator in der That zum Erben haben wollte, auch noch irgend ein Anderer im Teſtamente als Erbe bezeichnet iſt, den der Teſtator nicht wollte. Läßt ſich dies nachweiſen, ſo gelangt der gegen den Willen des Verſtorbenen Genannte nicht zur Erbſchaft: derjenige erhält ſie allein, der den Willen des Teſtators für ſich hat [1]). Und was von der Erbeseinſetzung gilt, das findet eine analoge Anwendung auch auf andere letztwillige Diſpoſitionen.

Ferner: Es kann in der letztwilligen Erklärung das Falſche ſtatt des Rechten vorkommen. So kann der Teſtator ſelbſt, im Augenblick der Erbeseinſetzung, zwei ganz verſchiedene Perſonen mit einander verwechſeln, und nun diejenige gerade bezeichnen, die er ganz und gar nicht zum Erben zu haben beabſichtiget; wie es wohl geſchieht, daß man gleichzeitig an zwei verſchiedene Perſonen denkt, und nun, in der Zerſtreuung des Augenblicks,

1) L. 9. §. 7. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

diejenige gerade nennt, die man zu nennen nicht beabſichtigte. Der Erfolg iſt alsdann dieſer: der im Teſtamente Bezeichnete wird nicht Erbe, weil er den Willen des Teſtators nicht für ſich hat; derjenige aber, den der Teſtator eigentlich zum Erben einzuſetzen beabſichtigte, wird auch nicht Erbe, weil er nicht zum Erben ernannt iſt [2]).

Eine gleiche Verwechslung, ein gleicher Error in corpore kann auch bei Vermächtniſſen vorkommen, theils in Beziehung auf die Perſon des Honorirten, theils in Beziehung auf den Gegenſtand des Vermächtniſſes. Des Falls nun, da die Verwechslung die Perſon des Legatars betrifft, geſchieht, ſo viel ich weiß, in unſern Quellen keine ausdrückliche Erwähnung; wollen wir ihn aber beurtheilen nach der Analogie einer Verwechslung in Beziehung auf die Perſon des Erben, ſo müſſen wir ſagen, das Vermächtniß wird durch einen Irrthum dieſer Art ganz und gar unwirkſam. Nun könnte allerdings Zweifel erhoben werden, ob dieſe Analogie auch in der That ſtatthaft ſei. Allein das Reſultat wird dadurch doch nicht umgeſtoßen. Nämlich der andere Fall, da der Error in corpore den Gegenſtand eines Legates betrifft, wird ausdrücklich dahin entſchieden: das Legat iſt ungültig; der Legatar erhält weder die bezeichnete Sache, noch auch diejenige, auf welche eigentlich die Abſicht des Teſtators gerichtet war [3]). Wenn nun aber der Error in corpore in dieſer Beziehung vernichtend wirkt, ſo muß er es wohl noch viel eher da, wo er die Perſon des Legatars betrifft.

Eine andere mögliche Art des Irrthums iſt diejenige, welche ſich lediglich auf die Benennung von Sachen oder Perſonen bezieht. Liegt hier der Irrthum darin, daß der Gegenſtand eines Vermächtniſſes mit einem falſchen Gattungsworte bezeichnet iſt, ſo wird dadurch allerdings die ganze Dispoſition ungültig [4]). Wo aber bei der Bezeichnung von Sachen oder

2) So beurtheilt und entſcheidet dieſen Fall Ulpian in der L. 9. pr. D. d. hered. inst. Die Art des Irrthums von Seiten des Teſtators bezeichnet derſelbe durch den Ausdruck »in corpore hominis errare.«

3) cit. L. 9. §. 1. D. d. hered. inst. L. 4. pr. D. d. legat. I, (S. die folg. Note.)

4) cit. L. 4. pr. D. d. legat. I. »Si quis in fundi vocabulo erravit, et Cornelianum pro Semproniano nominavit, debebitur Sempronianus. Sed si in corpore er-

Perſonen nur in dem Eigennamen geirrt iſt, da thut, an ſich, der Irrthum dem Rechtsbeſtande der Disposition keinen Eintrag: man ſieht nicht auf den Namen, welcher gebraucht iſt, ſondern auf die Abſicht des Teſtators; und ſo kommt es nur darauf an, auszumitteln, welche Perſon, welche Sache der Teſtator im Sinne gehabt habe [5]).

Ferner: Wie in anderer Beziehung die Beſchreibung, die **Demonstratio** der namentlichen Bezeichnung gleich behandelt wird, ſo auch in der Beziehung, von welcher hier die Rede iſt. Die Regel iſt: »**Falsa demonstratio non nocet**« [6]). Z. B. wenn Jemand den Namen des Erben oder des Legatars richtig angegeben, zugleich aber die Herkunft deſſelben unrichtig bezeichnet hat; oder wenn er ihn unrichtiger Weiſe als einen Verwandten bezeichnet hat. Die Gültigkeit der Disposition leidet darunter nicht. Und auf ähnliche Weiſe verhält es ſich mit der Beſchreibung von Sachen. So wenn Jemand z. B. geſagt hat: Ich vermache dem Titius die und die Sache, welche ich von dem Sejus gekauft habe. Wenn hier nun übrigens die Sache dergeſtalt bezeichnet iſt, daß über die Abſicht des Verſtorbenen kein Zweifel obwalten kann, ſo ſchadet es nichts, wenn es ſich etwa zeigt, daß er dieſelbe nicht von dem Sejus, ſondern von dem Sempronius gekauft hat u. ſ. w.

Noch verdient beſondere Erwähnung der Fall einer unrichtig bezeichneten Quantität, und der unrichtig beigefügten Bedingung.

Bei quantitativen Beſtimmungen gilt allgemein die Regel: Man hält ſich immer an die Abſicht des Verſtorbenen, vorausgeſetzt nur, daß es ſich nachweiſen läßt, daß dieſe auf eine andere als die bezeichnete Quantität gerichtet war. So da, wo

ravit, non debebitur. Quodsi quis, quum vellet vestem legare, suppellectilem adscripsit, dum putat suppellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit, vestem non deberi, quemadmodum si quis putet, auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri, vel quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.«

5) cit. L. 4. pr. D. d. legat. I. §. 29. I. d. legat. II, 20. L. 4. C. d. testam VI, 23. L. 7. §. 1. C. d. legat. VI, 37.

6) §. 30. I. d. legat. L. 33. pr. L. 34. pr. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1.

es auf die Größe einer Erbportion ankommt. Wer z. B. nach dem erwieſenen Willen des Verſtorbenen die Hälfte der Erbſchaft haben ſoll, der wird dieſe erhalten, auch wenn er im Teſtamente nur als Erbe eines Viertels bezeichnet iſt; und eben ſo umgekehrt [7]). Und ganz daſſelbe gilt da, wo die Quantität eines Vermächtniſſes unrichtig bezeichnet iſt [8]).

Iſt einer letztwilligen Verfügung gegen die Abſicht des Verſtorbenen eine Bedingung hinzugefügt, ſo gilt die Diſpoſition als unbedingt [9]).

B. Es bleibt jetzt noch die Frage übrig: Wie iſt es alsdann zu halten, wenn der Fehler darin liegt, daß etwas ganz und gar ausgelaſſen iſt? Die Antwort iſt: Das Ausgelaſſene kann überall gar nicht als wirklich und gültiger Weiſe angeordnet betrachtet werden. Ja das Ausgelaſſene kann gelegentlich machen, daß ſelbſt eine in der That vorhandene Erklärung unwirkſam bleibt. So wenn der Teſtator Jemanden unter einer beſtimmten Bedingung zum Erben einzuſetzen beabſichtigte, und die Erbeseinſetzung nun unrichtiger Weiſe und gegen den Willen des Teſtators im Teſtamente als eine unbedingte bezeichnet iſt. Hier gilt die Erbeseinſetzung weder als eine unbedingte, denn dies wäre dem Willen des Teſtators entgegen, noch auch als eine bedingte, weil die Bedingung im Teſtamente ausgelaſſen iſt [10]).

Von anderer Art iſt der Fall, welchen Juſtinian entſcheidet in der L. 8. C. d. institut. et substit. VI, 25. Der Teſtator ſagt im Eingange des Teſtaments: „der und der ſoll mein Erbe ſein unter den weiter unten anzugebenden Bedingungen"; im Verfolg des Teſtaments findet ſich aber keine Bedin-

7) L. 9. §. §. 2. 3. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

8) L. 15. pr. D. d. legat. I. Vgl. L. 9. §. 4. D. d. hered. inst.

9) So namentlich bei der Erbeseinſetzung cit. L. 9. §. 5. D. eod. in den Worten »Sed si conditionem addidit, dum nollet etc.« (S. die folg. Note.)

10) Siehe cit. L. 9. §. §. 5. 6. D. eod. »Tantundem Marcellus tractat et in eo, qui conditionem destinans inserere, non addidit; nam et hunc pro non instituto putat. Sed si conditionem addidit, dum nollet, detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est; quam sententiam et ipse et nos probamus. — Idem tractat, et si testamentarius contra voluntatem testatoris conditionem detraxit, vel mutavit, heredem non futurum, sed pro non instituto habendum.«

gung bezeichnet. Hier darf man annehmen, daß der Teſtator während der Abfaſſung des Teſtamentes ſeine Meinung geändert habe — und deshalb gilt die Erbeseinſetzung für eine **pura institutio**.

D. Von gewiſſen Modalitäten des Inhaltes letztwilliger Erklärungen. (§. §. 804—821.)

§. 804.

A. Von der Verbindung mehrer honorirter Perſonen.

Ueberall, wo die Rede iſt davon, daß der Teſtator mehre Perſonen in Verbindung mit einander honorirt hat, da werden die Ausdrücke »Conjunctio«, »conjunctim«, »conjuncti« gebraucht; jedoch nicht immer in derſelben Beziehung.

Es kann nämlich eine ſolche Verbindung von **gedoppelter Art** ſein: ſie kann ſich beziehen auf den **Gegenſtand der Diſpoſition**; ſie kann aber auch enthalten ſein in der **Form des Ausdrucks**.

Auf den Gegenſtand beziehet ſie ſich alsdann, wenn mehren Perſonen ein und derſelbe Gegenſtand ungetheilt hinterlaſſen iſt [1]). Will man das Eigenthümliche dieſer Art von Verbindung hervorheben, ſo ſagt man von den Verbundenen: ſie ſind **Re conjuncti** [2]).

In der Form des Ausdrucks iſt die Verbindung alsdann enthalten, wenn mehren Perſonen etwas in einem und demſelben Satze hinterlaſſen iſt. Der eigenthümliche Ausdruck zur Bezeichnung der alſo Verbundenen iſt: **Verbis conjuncti** [3]). Den Gegenſatz bezeichnet man ſo: Man ſagt von mehren Perſonen, die in verſchiedenen Sätzen bedacht ſind: ſie ſeien **separatim**, ſie ſeien **disjunctim** honorirt.

Was nun die Re conjunctos anbetrifft, ſo können dieſe zugleich auch in Beziehung auf die Form des Ausdrucks ver-

1) L. 80. D. d. legat. III. »Conjunctim heredes institui, aut conjunctim legari, hoc est, totam hereditatem, et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.«

2) L. 89. D. eod. L. 142. D. d. V. S.

3) cit. L. 89. D. d. legat. III. cit. L. 142. D. d. V. S.

bunden ſein, wie, wenn es heißt: „Titius und Mävius ſollen in einer Hälfte meine Erben ſein“ — oder ſie ſind verbunden allein in Hinſicht des Gegenſtandes, wie wenn der Teſtator geſagt hat: „Titius ſoll mein Erbe ſein in einer Hälfte. In derſelben Hälfte ſoll auch Mävius mein Erbe ſein.“ In jenem Falle heißen ſie **Re et verbis conjuncti**; in dieſem **Re, non etiam verbis conjuncti** oder **Re tantum conjuncti** oder auch **Re per se conjuncti** [4]. — Außerdem iſt in Betreff des Sprachgebrauchs noch Folgendes zu bemerken: Häufig wird von mehren Re conjuncti geſagt, ſie wären **conjunctim** bedacht, während es von andern Re conjuncti heißt, ſie wären **disjunctim** bedacht [5]. Da ſoll denn durch das „conjunctim“ angedeutet werden, daß die Verbundenen **Re et verbis conjuncti** ſind, durch das „disjunctim“ aber, daß ſie **tantum re conjuncti** ſind.

Anlangend die **Verbis conjunctos**, ſo iſt nur ſo eben davon die Rede geweſen, daß dieſe zugleich Re conjuncti ſein können; aber es kann auch ſein, daß ſie bloß den Worten nach verbunden ſind, da ſie dann **Verbis, non etiam re conjuncti** oder **tantum verbis conjuncti** genannt werden [6]. Hier müſſen wir uns mehre in Einem Satze Bedachte denken, ſo jedoch, daß ihnen ein und derſelbe Gegenſtand nicht ungetheilt hinterlaſſen iſt. Z. B. „Gajus und Mävius ſollen in einer Hälfte **zu gleichen Theilen** meine Erben ſein“ [7]. Was aber die Wirkungen dieſer verſchiedenen Verbindungen anbetrifft, ſo ſind die allgemeinen Grundſätze darüber folgende:

Ueberall, wo der Teſtator mehre Honorirte **dem Gegenſtande nach** verbunden hat, da geht ſeine Abſicht eigentlich dahin, jedem das Ganze zuzuwenden. Und, wenn hier dennoch eine Theilung erfolgt, ſo hat dieſe bloß darin ihren Grund, daß jeder der Mehren ſein Recht auf das Ganze geltend zu machen

4) cit. L. 89. D. d. legat. III. cit. L. 142. D. d. V. S.

5) So z. B. in §. 8. I. d. legat. II, 20.

6) cit. L. 89. D. d. legat. III. cit. L. 142. D. d. V. S. »Triplici modo conjunctio intelligitur: aut enim **re per se** conjunctio contingit, aut **re et verbis**, aut **verbis tantum**.«

7) L. 66. D. d. hered. instit. XXVIII, 5. Vgl. cit. L. 89. D. d. legat. III.

ſucht, und daß es nun doch einmal unmöglich iſt, daß von mehren gleich Berechtigten jeder das Ganze wirklich erhalte. Man ſagt daher in dieſem Falle »**Partes concursu fiunt**«[8]). Da nun aber dieſer Umſtand der einzige Grund iſt der Theilung, ſo folgt, daß dieſe in eben dem Maße wegfallen müſſe, in welchem Einzelne unter den Mehren ihren Anſprüchen entſagt haben, oder ſich ſonſt außer Stande ſehen, ſie geltend zu machen. Z. B. ſind der Mehren, welchen derſelbe Gegenſtand angewieſen iſt, drei, und Einer fällt aus, ſo wird Jeder der beiden Uebrigen, ſtatt des Drittels, welches ihnen ſonſt zu Theil geworden wäre, die Hälfte davon tragen. Fallen gar zwei aus, ſo wird der Dritte allein das Ganze erhalten.

Dagegen: hat der Teſtator mehre Honorirte nur den Worten nach verbunden, ſo iſt jedem Einzelnen ſchon von Haus aus nur ein Theil des Ganzen angewieſen. Die Theile ſind alſo keine ſolche, **quae concursu fiunt**, ſondern es ſind **Partes ab initio**. Und fällt hier Einer der Verbundenen aus, ſo werden die Uebrigen nicht behaupten können, daß der dem Ausfallenden angewieſene Theil nunmehr, nach der Abſicht des Teſtators, ihnen zu Gute kommen müſſe.

Dies iſt die allgemeine Theorie von der Verbindung mehrer honorirter Perſonen in einer letztwilligen Anordnung. Die Anwendung im Einzelnen gehört theils in die Lehre von den Erbſchaften (§. 972.), theils in die Lehre von den Vermächtniſſen (§. 1051.).

B. Von Zeitbeſtimmungen und Bedingungen. (§. §. 805—820.)

DIG. XXVIII, 7. De conditionibus institutionum. XXXV, 1. De conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. — COD. VI, 25. De institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub conditione factis. VI, 46. De conditionibus insertis tam legatis, quam fideicommissis et libertatibus.

§. 805.

a. Vorerinnerung.

Der juriſtiſche Begriff der Zeitbeſtimmungen und Bedingun=

8) cit. L. 80. pr. D. h. t. (S. oben Note 1.)

gen, die verſchiedenen Eintheilungen derſelben, die allgemeinen Grundſätze über deren Zuläſſigkeit und Wirkungen haben bereits im allgemeinen Theile ihre Erörterung gefunden. (Zeitbeſtimmungen §. §. 103. 104. — Bedingungen §. §. 95—102.). Es kann daher in dieſer Rückſicht einfach auf die dort gegebene Darſtellung verwieſen werden. Hier ſoll dagegen die beſondere Beziehung dieſer Nebenbeſtimmungen rechtlicher Geſchäfte auf den Inhalt letztwilliger Dispoſitionen einer näheren Betrachtung unterworfen werden.

Was jedoch das hier zu beachtende Verhältniß der Zeitbeſtimmungen und Bedingungen gegen einander betrifft, ſo iſt daran zu erinnern, daß der **Incertus dies** bei letztwilligen Dispoſitionen in der Regel einer **Conditio** gleichgeachtet wird [1]). Dieſe Regel iſt freilich nicht ohne alle Ausnahmen. Bei dem **Dies incertus an** können beſondere Umſtände concurriren, unter welchen die Anwendung der Regel dem Willen des Teſtators entgegen ſein würde, und dann wird der **Dies** als Zeitbeſtimmung behandelt [2]). Ferner der **Dies incertus quando** gilt als Zeitbeſtimmung, ſobald es gewiß iſt, daß der Honorirte den Tag, auf den es ankommt, erleben werde, z. B. wenn Jemanden etwas auf ſeinen Todestag hinterlaſſen iſt [3]). Allein deſſenungeachtet ergibt ſich aus dem Geſagten ſo viel, daß der **Incertus dies** keine eigenthümliche Theorie hat; und deshalb wird im weiteren Verfolg der Darſtellung nur von dem **Certus dies**, von dem **Dies** ſchlechthin die Rede ſein.

b. Allgemeine Grundſätze über die Zuläſſigkeit und die Wirkungen. (§. §. 806. 807.)

§. 806.

aa. Von Suspenſivbedingungen und Anfangsterminen.

Es gibt keine Art letztwilliger Anordnungen, wobei nicht

1) Siehe §. 103. b. Noten 1. 3. 4.

2) Beiſpiele enthalten L. 46. D. ad SCtum Trebell. XXXVI, 1. L. 26. §. 1. D. quando dies legator. etc. XXXVI, 2. L. 5. C. eod. VI, 53.

3) L. 79. pr. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1. »Heres meus, quum morietur Titius, centum ei dato; purum legatum est, quia non conditione, sed mora suspenditur; non potest enim conditio non existere.« L. 4. §. 1. D. quando dies legator etc.

Suſpenſivbedingungen zuläſſig wären. Es gilt dies namentlich von der Erbeseinſetzung [1]), von der Anordnung eines Vermächtniſſes [2]), von der Ernennung eines Tutors [3]).

Mit der Wirkung bedingter letztwilliger Dispoſitionen aber verhält es ſich im Allgemeinen folgender Maßen:

Geht die Bedingung, unter welcher Jemand zum Erben eingeſetzt, oder mit einem Vermächtniſſe bedacht iſt u. ſ. w., noch bei des Teſtators Leben in Erfüllung, ſo iſt es nun ſo gut, als wäre ſie überall gar nicht hinzugefügt; die bedingte Dispoſition wirkt in dieſem Falle gleich einer unbedingten, ſie iſt als purificirt zu betrachten. Fällt dagegen die Bedingung noch bei des Teſtators Leben aus, ſo iſt die ganze Anordnung ſo gut als nicht vorhanden.

Iſt endlich die Bedingung bei des Teſtators Tode weder erfüllt, noch ausgefallen, ſo iſt die Regel dieſe: Eine bedingte letztwillige Anordnung wirkt im Augenblick der erfüllten Bedingung, wie eine nicht bedingte wirkt im Augenblick des Todes des Teſtators. Eine unbedingte letztwillige Verfügung aber iſt unwirkſam, wenn der Honorirte noch vor dem Teſtator mit Tode abgeht. Und daher werden wir ſagen müſſen: Eine bedingte Anordnung bleibt, der erfüllten Bedingung ungeachtet, ohne alle Wirkung, wenn derjenige, der durch ſie ein Recht erhalten ſoll, noch vor der Erfüllung der Bedingung ſtirbt [4]). Wie aber eine bedingte Dispoſition ohne Wirkung bleibt, wenn derjenige, auf den ſie ſich bezieht, vor der Erfüllung der Bedingung ſtirbt, eben ſo bleibt ſie natürlich wirkungslos, wenn die Bedingung ſelbſt ausfällt; denn nun iſt es gewiß, daß derjenige, dem bedingter Weiſe ein Recht ertheilt iſt, dieſes nicht erhalten kann. Dagegen: Geht bei des Honorirten Leben die Bedingung in Erfüllung, ſo erweiſ't die Dispoſition

1) §. 9. I. d. hered. inst. II, 14.

2) L. 1. pr D. d. condit. et demonstr. Eben ſo konnte die Freiheit unter einer Bedingung ertheilt werden. L. 1. pr. D. d. statutib. XL, 7.

3) §. 3. I. qui testam. tutores dari poss. I, 14.

4) L. 59. pr. D. d. condit. et demonstr. »Intercidit legatum, si ea persona decesserit, cui legatum est sub conditione.« Was dieſe Stelle von bedingten Legaten ſagt, das gilt allgemein.

ſich wirkſam. So lange von allen hier erwähnten Ereigniſſen keines eingetroffen iſt, bleibt die Wirkſamkeit der Anordnung **in suspenso.**

Nun iſt aber noch Ein wichtiger Punkt hier in Betracht zu ziehen. Nämlich: Bei Verträgen gilt bekannter Maßen die Regel, daß die erfüllte Bedingung eine rückwirkende Kraft hat. Bei Rechtsverhältniſſen aber, welche ſich in einem letzten Willen gründen, findet eine ſolche Regel nicht Statt. Was ich vorhin ſagte, daß nämlich der bedingter Weiſe Bedachte den Augenblick der erfüllten Bedingung erleben müſſe, das hängt hiermit zuſammen. Denn hätte die erfüllte Bedingung eine rückwirkende Kraft, ſo würde man ſagen können: Es thut nichts, daß die Bedingung erſt nach dem Tode desjenigen erfüllt iſt, auf deſſen Recht es ankommt; denn da die Erfüllung der Bedingung eine rückwirkende Kraft hat, ſo iſt es ſo gut, als ob die Bedingung nicht jetzt erſt, ſondern noch bei des Honorirten Leben wäre erfüllt worden [5]). Aber ſo läßt ſich hier nicht argumentiren, eben weil die Vorausſetzung der ganzen Argumentation wegfällt.

Uebrigens iſt der Satz, daß der in einem letzten Willen bedingter Weiſe Bedachte die Erfüllung der Bedingung erleben müſſe, nicht die einzige Folge daraus, daß die erfüllte Bedingung keine rückwirkende Kraft hat. Setzen wir daher, es iſt Jemanden das Eigenthum einer dem Teſtator gehörigen Sache **sub conditione** legirt. Die Bedingung geht, und zwar bei dem Leben des Legatars, in Erfüllung. Dadurch wird der Legatar Eigenthümer der legirten Sache. Aber ſein Eigenthum fängt jetzt erſt an, er iſt Eigenthümer nur für die Folge der Zeit; bis dahin war der Erbe Eigenthümer, eben weil die erfüllte Bedingung keine rückwirkende Kraft hat. Freilich: Derjenige, welcher **sub conditione** zum Erben eingeſetzt iſt, der wird, wenn er die Erfüllung der Bedingung erlebt, und demnächſt die Erbſchaft in der That erwirbt, angeſehen, wie wenn er ſchon von des Erblaſſers Todestage an Erbe geweſen wäre; aber das liegt keineswegs darin, daß die erfüllte Bedingung

5) Vergl. §. 4. I. d. verbor. obl. III, 15. (16.)

eine rückwirkende Kraft hätte, ſondern es iſt dies eine Folge von dem Erwerbe der Erbſchaft. Jeder, welcher eine Erbſchaft erwirbt, wird angeſehen als Erbe vom Todestage an, er mag Teſtamentserbe ſein oder Inteſtaterbe, und ferner, wenn er teſtamentariſcher Erbe iſt, er mag pure oder sub conditione inſtituirt ſein, indem ihm die interimiſtiſche Repräſentation des Verſtorbenen durch die liegende Erbſchaft zu Statten kommt. Ich habe mich darüber früher, im §. 780., ausführlicher erklärt.

Ich wende mich jetzt zu dem Anfangstermine. Es fragt ſich: kann etwas in einem letzten Willen ex die nämlich ex die certo angeordnet werden?

Dieſe Frage iſt zu bejahen in Hinſicht auf Vermächtniſſe [6], desgleichen in Hinſicht auf die Ernennung eines Tutors [7].

Die Wirkung in dieſen Fällen iſt folgende: Das Recht, welches Jemanden ex die certo ertheilt wird, iſt an und für ſich keineswegs ungewiß, eben ſo wenig als dies der Fall ſein würde, wenn der letztwilligen Anordnung des Verſtorbenen gar keine Zeitbeſtimmung beigefügt wäre. Nur die Realiſirung des ertheilten Rechts, das iſt etwas, was der Verſtorbene in einen beſtimmten künftigen Zeitpunkt hinausgerückt hat. Erlebt der ex die certo Bedachte dieſen Zeitpunkt, ſo wird das Recht in ſeiner eignen Perſon realiſirt werden, außerdem in der Perſon ſeiner Erben; vorausgeſetzt nur, daß das Recht ein ſolches iſt, was auf Erben übergehen kann, was denn freilich bei der Tutel nicht der Fall iſt.

Alſo, die bisher bezeichneten Verfügungen ſind insgeſammt von der Art, daß ſie die Hinzufügung eines Dies certus geſtatten.

Anders aber verhält es ſich mit der Erbeseinſetzung: Jemanden ex die certo zum Erben einzuſetzen, iſt unzuläſſig [8]. Der Grund hievon liegt darin: Wir haben geſehen, die Regel,

6) L. 1. §. 1. D. d. condit. et demonstr. Eben ſo in Hinſicht auf die Ertheilung der Freiheit: cit. L. 1. pr. D. d. statutib. XL, 7.

7) cit. §. 3. I. qui testam. tutor. dari poss. I, 14.

8) §. 9. I. d. hered. inst. II, 14. L. 34. D. eod. (S. ob. §. 104. Note 1.)

»Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest«, bezieht ſich nicht bloß auf den Umfang, ſondern auch auf die Dauer der Repräſentation (ſ. §. 799.). Wenn nun aber Einer ſo ſagt in ſeinem Teſtamente: „Von dem und dem beſtimmten Tage an ſoll Titius mein Erbe ſein“, ſo iſt ſeine Abſicht gerade dieſe: Titius ſoll ihn erſt von dem bezeichneten Tage an repräſentiren. Ob Titius Erbe werden ſolle oder nicht, das will er nicht unentſchieden laſſen; vielmehr iſt ſein Wille ganz beſtimmt dieſer, daß Titius ihn beerben ſoll; aber vor dem bezeichneten Tage will er durch den Titius nicht repräſentirt werden; ſonach ſoll alſo auch bis dahin nicht etwa die liegende Erbſchaft als vicariirend für den Titius angeſehen werden. Man müßte alſo, um der Abſicht des Teſtators zu genügen, geſtatten, daß er bis zu dem beſtimmten Tage von ſeinen Inteſtaterben repräſentirt werde, von da aber durch den Titius. Allein das geht um deswillen nicht, weil es mit der vorhin bezeichneten Regel ſtreiten würde. Mithin bleibt nichts übrig, als entweder die Inſtitution als ganz und gar nichtig zu betrachten, oder ſie ſo anzuſehen, als ob wenigſtens der Zuſatz, durch welchen ſie unzuläſſig wird, nicht vorhanden wäre. Und da ſchlägt man nun dieſen letzten Ausweg ein. Die Erbeseinſetzung wird dadurch aufrecht erhalten, daß man die hinzugefügte Zeitbeſtimmung als nicht vorhanden behandelt 9).

§. 807.

bb. Von Reſolutivbedingungen und Endterminen.

Wir denken uns alſo hier den Fall, da etwas in einem letzten Willen **ad conditionem** oder **ad diem** angeordnet iſt. Die Abſicht bei einer Anordnung dieſer Art iſt dieſe: Derjenige, welchem ein Recht ertheilt wird, ſoll dieſes Recht auf jeden Fall erhalten; auch ſoll, was die Realiſirung des Rechts anbetrifft, keine Zögerung eintreten; aber ſobald die Bedingung in Erfüllung geht, oder der beſtimmte Tag kommt, ſoll das ertheilte

9) cit. §. 9. I. d. hered. inst. »Heres et pure et sub conditione institui potest. Ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest, veluti etc ..... Denique adjectum pro supervacuo haberi placet, et perinde esse, ac si jure heres institutus esset.« cit. L. 34. D. eod.

Recht aufhören. Dies iſt die Abſicht. Aber die Frage iſt nun — kann dieſe Abſicht erreicht werden, ſind Anordnungen dieſer Art zuläſſig?

Bei der Beantwortung dieſer Frage müſſen wir zwiſchen den verſchiedenartigen Dispoſitionen, welche in einem letzten Willen vorkommen, unterſcheiden:

1. Entſchieden zuläſſig iſt es, einen Tutor ad diem oder ad conditionem zu ernennen [1].

2. Entſchieden unzuläſſig iſt es, Jemanden ad diem zum Erben einzuſetzen. Der Grund liegt ohne Zweifel darin, daß die Repräſentation des Verſtorbenen durch den Erben an und für ſich, und ihrer Natur nach, ein dauernder Rechtszuſtand iſt. Um einem möglichen Mißverſtändniſſe vorzubeugen, muß ich indeſſen bemerken: Wenn man ſagt, der Erbe kann nicht ad diem, nicht ad conditionem eingeſetzt werden, ſo hat dies die Bedeutung: Er kann nicht dergeſtalt inſtituirt werden, daß er, existente die, impleta conditione, ohne Weiteres und ipso jure aufhörte Erbe zu ſein. Das aber iſt allerdings zuläſſig, dem Erben mittelſt eines Fideicommiſſes die Verpflichtung aufzulegen, daß er in irgend einem künftigen Zeitpunkte die Erbſchaft an einen Dritten herausgebe. Nun aber fragt es ſich, was wird aus der Erbeseinſetzung, wenn ſie ad diem oder ad conditionem angeordnet iſt? Man betrachtet den Endtermin oder die Reſolutivbedingung als nicht hinzugefügt; mittelſt dieſes Ausweges wird eine ſolche an ſich ungehörige Dispoſition aufrecht erhalten [2].

3. Hinſichtlich der Vermächtniſſe ſind die Grundſätze des älteren Rechts dieſe: Ein Vermächtniß kann nur inſofern ad diem oder ad conditionem angeordnet werden, als das Recht, welches dem Honorirten dadurch verliehen werden ſoll, auch außerdem, und unter Lebendigen ad diem oder ad conditionem verliehen werden kann. Daher war es z. B. unbedenklich, Je-

1) §. 3. I. qui testam. tutor. dari poss. I, 14. §. §. 2. 5. I. quib. mod. tutela finitur. I, 22.

2) §. 9. I. d. hered. inst. II, 14. (S. d. vor. §. Note 9.) L. 34. D. eod. Unter gleichen Grundſätzen ſtand die teſtamentariſche Manumiſſion: L. 33. L. 34. L. 52. D. d. manumiss. testam. XL, 4.

manden den Ususfructus an einer Sache ad diem oder ad conditionem zu vermachen, unſtatthaft aber, ihm in eben dieſer Weiſe das Eigenthum an einer Sache zu legiren [3]). Vgl. §. 220. §. 463.

Es fragt ſich nun aber, iſt an dieſen älteren Grundſätzen im Juſtinianiſchen Rechte etwas geändert, und was? Die Beantwortung dieſer Frage hängt ab von der Interpretation der L. ult. C. d. legat. VI, 37., einer Verordnung von Juſtinian. Die richtige Interpretation iſt dieſe: Wenn Jemanden das Eigenthum einer Sache ad diem oder ad conditionem vermacht iſt, ſo ſoll der Honorirte obligatoriſch verpflichtet ſein, existente die, impleta conditione, den Gegenſtand des Vermächtniſſes, ohne verſchuldete Deterioration, an den Belaſteten zurückzugeben, auch deshalb im Voraus Sicherheit zu beſtellen. Inſoweit ſind alſo die früheren Grundſätze modificirt; im Uebrigen iſt es beim Alten geblieben.

c. Ueber Suspenſivbedingungen insbeſondere.
(§. §. 808 — 820.)

aa. Von den Vorausſetzungen, unter welchen letztwillige Dispoſitionen als bedingt behandelt werden.
(§. §. 808 — 816.)

§. 808.

α. Im Allgemeinen.

Die hier bezeichneten Vorausſetzungen laſſen ſich im Allgemeinen in folgende Sätze zuſammenfaſſen:

Die Bedingung muß

1. auf etwas Künftiges gehen. §. 809.
2. Sie darf keine ſolche ſein, von welcher das in Rede ſtehende Rechtsverhältniß ſchon ſeiner Natur nach abhängig iſt. §. 810.
3. Sie darf keine unmögliche ſein. §. §. 811 — 815.
4. Sie darf keine ungehörige Zumuthung enthalten an den durch das bedingte Recht zu Beſchränkenden. §. 816.

3) L. 55. D. d. legat. I. L. 44. §. 1. D. d. O. et A. XLIV, 7. Paul. III, 6. §. 33.

5. Sie darf die Diſpoſition nicht zu einer captatoriſchen machen. Davon iſt ſchon im §. 796. gehandelt worden.

6. Sie darf die Diſpoſition nicht zu einer perplexen machen. S. oben §. 798.

7. Sie darf nicht von der Art ſein, daß dadurch gewiſſe weſentliche Beſtimmungen geradezu in die Willkür eines Andern geſtellt werden. S. oben §. 799.

β. Einzelne Erörterungen. (§. §. 809—816.)

§. 809.

αα. Ueber Bedingungen, welche ſich auf etwas Gegenwärtiges oder Vergangenes beziehen.

Conditiones in praesens, oder **in praeteritum collatae** haben durchaus nicht die Wirkung, daß das davon abhängig gemachte Verhältniß ſeiner Entſtehung nach ſuspendirt würde. Was hier **in suspenso** ſein kann, iſt nicht die Exiſtenz oder Nichtexiſtenz des Rechtsverhältniſſes ſelbſt, ſondern nur die Kenntniß davon, ob es vorhanden ſei [1]).

Dabei ſind wir indeſſen von der Vorausſetzung ausgegangen, daß der Teſtator ſelbſt die bedingende Thatſache als eine vergangene oder gegenwärtige bezeichnet hat. Jetzt iſt nun aber noch die Frage zu beantworten: Wie wird es, wenn zwar der Teſtator die bedingende Thatſache nicht als eine vergangene oder gegenwärtige bezeichnet hat, die Thatſache aber zur Zeit der getroffenen Anordnung wirklich bereits vorhanden war? Wußte dies der Teſtator, ſo muß, wenn anders eine Wiederholung möglich iſt, dieſe abgewartet werden; man muß annehmen, daß eben dieſe Wiederholung dasjenige ſei, was der Teſtator gewollt habe [2]). Dahin gehört z. B. die Bedingung »**Si nupserit.**« Denn wußte der Teſtator um die bereits vorhandene Ehe, ſo iſt die von ihm getroffene Anordnung anzuſehen als abhängig von

1) **L. 10. §. 1. D. d. condit. inst. §. 6. I. d. V. O. III, 15. (16.)** Was in dieſer letzteren Stelle in Beziehung auf Verträge geſagt wird, das gilt ganz eben ſo auch in Beziehung auf letztwillige Anordnungen. Vergl. §. 95. I, 2. u. Note 2.

2) **L. 11. pr. D. d. condit. et demonstr.**

der Exiſtenz einer dereinſtigen zweiten Ehe [3]). Iſt dagegen Wiederholung unmöglich, ſo muß man ſagen: Schon gleich von Anfang iſt die Bedingung erfüllt, und ſonach iſt die Diſpoſition des Teſtators als eine unbedingte zu behandeln. Und eben dies gilt von den Fällen, da der Teſtator es überall nicht weiß, daß die von ihm bezeichnete Thatſache bereits vorhanden iſt [4]).

§. 810.

ββ. Ueber Bedingungen, welche ſich von ſelbſt verſtehen.

Die durch eine Bedingung bezeichnete Thatſache muß eine ſolche ſein, deren Exiſtenz nicht ſchon von ſelbſt durch die Natur des Rechtsverhältniſſes nothwendig wird, welches dadurch bedingt ſein ſoll. So ſagt Papinian in der **L. 99. D. de cond. et demonstr.**:

> »**Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est, quae tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionalia.**«

Was Papinian hier unter einer **Conditio quae extrinsecus, non ex testamento venit**, verſteht, darüber erklärt er ſich ſelbſt, wenn er hinzufügt, er meine eine **Conditio, quae tacite inesse videatur**, d. h. eine Bedingung, die ſich aus der rechtlichen Natur eines Legates von ſelbſt ergibt, und eben deshalb nicht eigens und beſonders hinzugefügt zu werden braucht [1]). Dagegen verſteht Papinian unter einer **Conditio ex testamento veniens** eine Bedingung, welche ihren Grund nur in der Willkür des Teſtators hat; auf die es alſo, wenn der Teſtator ſie nicht beſonders vorgeſchrieben hätte, überall nicht ankommen würde. Nur eine ſolche Bedingung macht, daß das Legat die eigenthümlichen Wirkungen eines bedingten Legates hat.

Ich will nun das Geſagte durch einige Anwendungen erläutern. Dieſe verſtändlich zu machen, muß ich aber Folgendes vorausſchicken: Bei dem Erwerbe der Legate unterſcheidet man

3) L. 68. D. eod. Vgl. L. 45. §. 2. D. d. legat. II.

4) cit. L. 45. §. 2. D. d. legat. II. L. 10. §. 1. cit. L. 11. pr. D. d. condit. et demonstr.

1) Ueber dieſe ſ. g. Conditio tacita, oder quae vi ipsa inest vergl. §. 95. I, 1.

den **eigentlichen** wahren Erwerb von dem bloß **vorläufigen** Erwerbe. (ſ. §. 1044.) Der vorläufige Erwerb hat nur die Folge: Wenn ſpäterhin die Vorausſetzung des eigentlichen Erwerbes eintritt, ſo geht dieſer vor ſich, wenn ſchon der Legatar unterdeſſen geſtorben iſt; das Legat wird nunmehr dem Erben des Legatars erworben. Es wird alſo durch den vorläufigen Erwerb die Möglichkeit des eigentlichen Erwerbes auf den Erben **transmittirt**. Der eigentliche wahre Erwerb nun beruht auf gewiſſen geſetzlich beſtimmten Vorausſetzungen, welche überall vorhanden ſein müſſen, das Legat mag **sub conditione** angeordnet ſein, oder nicht. Dagegen macht es in Beziehung auf den vorläufigen Erwerb einen weſentlichen Unterſchied, ob das Legat ein **Legatum sub conditione relictum** iſt, oder nicht. Nämlich die Regel iſt dieſe: der vorläufige Erwerb erfolgt gleich im Augenblick des Todes des Teſtators. Aber ſobald das Legat ein bedingtes iſt, ſo kann der vorläufige Erwerb nicht eher Statt finden, als bis die Bedingung erfüllt iſt. Darin zeigt ſich die eigenthümliche Wirkung bedingter Legate. Und dieſe tritt nun eben bloß da ein, wo die Bedingung eine willkürlich hinzugefügte iſt. Wenn daher der Teſtator ein Legat nur durch eine jener Vorausſetzungen bedingt hat, welche ſich für den eigentlichen und wahren Erwerb von ſelbſt verſtehen, ſo wird der vorläufige Erwerb des Legates dadurch nicht ſuspendirt; er erfolgt gleich im Augenblick des Todes des Teſtators.

Eine jener Vorausſetzungen, ohne welche der eigentliche und wahre Erwerb nicht Statt finden kann, iſt dieſe: Der mit dem Legat belaſtete Erbe muß die Erbſchaft erworben, er muß in der That Erbe geworden ſein. Angenommen nun, der Teſtator hat dieſen Umſtand zur Bedingung des Legates gemacht, er hat geſagt: „**Titius** ſoll mein Erbe ſein. Und wenn er in der That mein Erbe wird, oder, wenn er meine Erbſchaft antritt, ſo ſoll er gehalten ſein, dem **Sempronius** die und die Summe zu zahlen.“ Dadurch wird der vorläufige Erwerb des Legates keineswegs ſuspendirt; vielmehr erfolgt derſelbe gleich bei des Teſtators Tode, noch ehe **Titius** wirklich Erbe geworden iſt, noch ehe er die Erbſchaft angetreten hat, wie er in die-

ſem Moment erfolgt ſein würde, wenn jene Bedingung gar nicht hinzugefügt wäre [2]).

Ferner: Setzen wir, der Teſtator hat den Titius unter einer Bedingung zum Erben ernannt, und ihn unter derſelben Bedingung mit einem Vermächtniſſe, zu Gunſten des Gajus, beſchwert. Er hat etwa geſagt: „Titius ſoll, wenn er die Mävia zur Frau nimmt, mein Erbe ſein. Und thut er dies, ſo ſoll er an den Gajus ein Legat von 1000 zahlen.“ Auch hier iſt die Bedingung des Legates eine ſolche, die ſich von ſelbſt verſteht. Denn ohne Erbe zu ſein, kann Titius zur Leiſtung des Legates nicht für verpflichtet gehalten werden; Erbe kann er aber wieder nur werden, wenn er die Mävia heirathet. Und daher erfolgt der vorläufige Erwerb des Legates gleich bei dem Tode des Teſtators, nicht erſt bei der Verheirathung des Titius [3]).

Endlich: Jedes Legat ſetzt, um vollſtändig wirkſam zu ſein, die Exiſtenz des legirten Gegenſtandes voraus. Iſt daher der Gegenſtand des Legates kein ſchon jetzt vorhandener, ſondern ein ſolcher, deſſen künftige Exiſtenz erwartet wird, ſo kann von einem wirklichen und eigentlichen Erwerbe nicht eher die Rede ſein, als bis der Gegenſtaud zur Exiſtenz gekommen iſt. Aber eben deshalb, weil dieſes etwas iſt, was ganz von ſelbſt ſich verſteht, ſo wird der vorläufige Erwerb des Legates dadurch auch dann nicht ſuspendirt, wenn der Teſtator die künftige Exiſtenz des Gegenſtandes ausdrücklich zur Bedingung des Legates gemacht hat [4]).

Jene Stelle des Papinian, von welcher wir ausgegangen ſind, nämlich die L. 99. de condit. et demonstr., ſpricht bloß von Legaten. Aber der darin enthaltene Grundſatz findet Anwendung auch auf jede andere Art letztwilliger Dispoſitionen: namentlich auf die Erbeseinſetzung. Der charakteriſtiſche Unterſchied zwiſchen einer bedingten Erbeseinſetzung und einer unbe-

2) Siehe L. 3. D. d. legat. I. L. 107. D. d. condit. et demonstr. L. 21. §. 1. L. 22. §. 1. D. quando dies legator. etc. XXXVI, 2.

3) cit. L. 107. D. d. cond. et demonstr. cit. L. 21. §. 1. D. quando dies legator. etc.

4) L. 1. §. 3. D. d. condit. et demonstr. coll. L. 25. §. 1. D. quando dies legator. etc.

dingten liegt darin, daß die Erbſchaft bei einer unbedingten Inſtitution im Augenblick des Todes des Teſtators deferirt wird, bei einer bedingten aber erſt im Augenblick der erfüllten Bedingung. Dies jedoch gilt wieder nur von einer willkürlich hinzugefügten Bedingung: es gilt nicht da, wo irgend etwas ſich von ſelbſt Verſtehendes zur Bedingung gemacht iſt. So verſteht es ſich von ſelbſt, daß ein Extraneus, ein Voluntarius heres die Erbſchaft nicht anders erwirbt, als durch Antretung, nicht anders alſo, als mit ſeinem Willen. Wenn daher ein ſolcher Extraneus unter der Bedingung »si volet«, „wenn er will", zum Erben eingeſetzt iſt, ſo hat das auf die Delation der Erbſchaft nicht den mindeſten Einfluß; die Erbſchaft wird deferirt, ſobald der Teſtator geſtorben iſt, noch ehe er ſich erklärt hat, die Erbſchaft haben zu wollen. Ganz anders aber verhält es ſich bei einem Necessarius. Da verſteht ſich das, daß er die Erbſchaft nur mit ſeinem Willen erwirbt, ganz und gar nicht von ſelbſt; im Gegentheil, der Necessarius heres erwirbt die ihm im Teſtamente angewieſene Erbſchaft ſelbſt wider ſeinen Willen. Wenn alſo hier der Teſtator die Bedingung »si volet« hinzugefügt hat, ſo iſt die Bedingung eine eigentliche Bedingung; und die Delation der Erbſchaft wird dadurch in der That ſuſpendirt, erfolgt daher nicht eher, als bis der eingeſetzte Erbe ſich erklärt hat, Erbe ſein zu wollen [5]).

Bei Legaten iſt die Bedingung »si volet« immer von Bedeutung. Denn an und für ſich iſt der Erwerb eines Legates niemals abhängig von der Vorausſetzung einer Erklärung des Legatars über die Annahme des Legates. Hier alſo iſt die Bedingung »si volet« jederzeit eine Bedingung im eigentlichen Sinne des Worts, und es kann in dieſem Falle ſelbſt der vorläufige Erwerb des Legates nicht eher Statt finden, als bis der Legatar ſeine Abſicht, das Legat haben zu wollen, erklärt hat [6]).

5) Daher ſagt Hermogenian in L. 12. D. d. condit. inst. XXVIII, 7. »Verba haec: »Publius Maevius, si volet, heres esto« in necessario conditionem faciunt, ut, si nolit, heres non existat. Nam in voluntaria heredis persona frustra adduntur, quum, et si non fuerint addita, invitus non efficiatur heres.« Vgl. L. 69. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

6) L. 65. §. 1. D. d. legat. I. »Illi, si volet, Stichum do:

γγ. Ueber unmögliche Bedingungen. (§. §. 811—815.)

§. 811.

a. Von factiſch unmöglichen Bedingungen.

Die Regel iſt dieſe: Eine factiſch unmögliche Bedingung wird als nicht hinzugefügt betrachtet, ſie iſt pro non scripta. Mithin gilt die Dispoſition des Verſtorbenen als eine unbedingte. Dieſe Regel bezieht ſich

1. auf den Fall einer Bedingung, die ihrer Nichterfüllung nach eine unmögliche iſt — Conditio necessaria.

2. Auf den Fall einer Bedingung, die ihrer Erfüllung nach eine unmögliche iſt — eine Impossibilis conditio, im eigentlichen, engeren, gewöhnlichen Sinne [1]).

Was nun den erſten Fall betrifft, ſo iſt es ſo natürlich, eine Bedingung, die gar nicht unerfüllt bleiben kann, gleich einer ſchon von Anfang erfüllten zu behandeln, daß es darüber unter den Römiſchen Juriſten nur Eine Meinung gab [2]). Dagegen, was den zweiten Fall betrifft, ſo laſſen ſich darüber, wie man unerfüllbare Bedingungen behandeln ſoll, verſchiedene Anſichten denken. Man kann ſagen: die ganze Dispoſition iſt nichtig; man kann aber auch ſagen: die Bedingung iſt für nicht hinzugefügt, und ſonach die Dispoſition für unbedingt zu achten. Und in der That fanden ſich bei den älteren Römiſchen Juriſten beide Anſichten [3]). Die letzte indeſſen empfahl ſich dadurch, daß ſie es möglich machte, die an ſich ungehörigen letztwilligen Dispoſitionen aufrecht zu erhalten; deshalb ward ſie in ſpäterer Zeit die geltende; ſie gilt namentlich im Juſtinianiſchen Rechte [4]).

conditionale est legatum, et non aliter ad heredem transit, quam si legatarius voluerit, quamvis alias, quod sine adjectione »si volet« legatum sit, ad heredem legatarii transmittitur; aliud est enim juris, si quid tacite continetur, aliud, si verbis exprimatur.«

1) Ueber dieſen Begriff der factiſch unmöglichen Bedingung vergl. oben §. 95. II, 3. die Noten 6—8.

2) L. 50. §. 1. D. d. hered. inst. XXVIII, 5. (ſ. ob. §. 95. Note 8.) L. 20. pr. D. d. condit. inst.

3) Gaj. III. §. 98.

4) L. 3. D. d. condit. et demonstr. (Ulpianus) »Obtinuit, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas.« §. 10. I. d. hered. inst. II, 14. (S. ob. §. 102. Note 3.)

Uebrigens iſt bei den factiſch unerfüllbaren Bedingungen noch folgender Umſtand zu berückſichtigen: Die Unmöglichkeit der Bedingung kann eine abſolute, ſie kann aber auch eine relative, in beſondern Umſtänden gegründete, ſein. In dieſem letzten Falle nun muß man folgender Maßen unterſcheiden: Waren die Umſtände, welche die Erfüllung unmöglich machen, vorhanden ſchon zur Zeit des errichteten letzten Willens, ſo wird die Bedingung als nicht hinzugefügt angeſehen; treten dagegen jene Umſtände erſt ſpäter ein, ſo iſt, der Regel nach, die Bedingung für ausgefallen zu achten, und die letztwillige Anordnung bleibt daher ohne Wirkung. Z. B. der Teſtator ſagt: „Falls A. dem B. zahlt, was ich dieſem ſchuldig bin, ſo vermache ich ihm mein Haus.“ Nun findet es ſich bei dem Tode des Teſtators, daß er dem B. nichts ſchuldig iſt. Hier fragt es ſich: war der Teſtator dem B. ſchon zur Zeit des errichteten Legats nichts ſchuldig, oder hat er den B. erſt ſpäter befriedigt, und dadurch aufgehört, ſein Schuldner zu ſein? Im erſten Falle erhält der Legatar das Haus, im zweiten nicht [5].

b. Von moraliſch unmöglichen Bedingungen.
(§. §. 812 — 815.)

§. 812.

aa. Allgemeine Grundſätze darüber.

Auch von dieſen wird in unſern Quellen geſagt: pro non scriptis habentur, nullius sunt momenti [1]). Alſo, wem unter einer Bedingung dieſer Art irgend ein Recht in einem letzten Willen verliehen iſt, der gelangt zu dieſem Rechte, ohne daß er nöthig hätte, die Bedingung zu erfüllen. Es gehören aber hieher vor Allem ſolche Bedingungen, wodurch von Jemanden

5) Siehe L. 104. §. 1. D. d. legat. I. L. 6. §. 1. L. 72. §. 7. D. d. condit. et demonstr. »Falsam conditionem Cassius et Caelius Sabinus impossibilem esse dixerunt, veluti: P a m p h i l u s, s i, quod T i t i o d e b e o, s o l v e r i t, l i b e r e s t o, si modo nihil Titio fuit debitum; quodsi post testamentum factum testator pecuniam exsolvit, defecisse conditionem intelligi.«

1) L. 14. D. d. condit. inst. XXVIII, 7. (S. ob. §. 95. Note 9.) L. 20. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1.

eine, nach den Geſetzen ſtrafbare Handlung gefordert wird. Ferner ſind dieſes Orts alle den guten Sitten widerſtreitende Bedingungen: Dieſe werden in den Geſetzen im Allgemeinen gemißbilligt [2]). So wird z. B. die Bedingung der Eheſcheidung als eine ſolche bezeichnet, welche den **bonis moribus** entgegen ſei [3]).

Nun aber gibt es auch gewiſſe Bedingungen, welche in den Geſetzen ſpeciell gemißbilligt ſind. Dieſer Art iſt die Bedingung der Eheloſigkeit (davon §. 813.); desgleichen die Bedingung eines eidlichen Angelöbniſſes (davon §. 814.). Ferner: nach dem Rechte der Pandekten und des Codex jede Bedingung, welche darauf abzweckte, den Erben in der ihm gebührenden **Quarta Falcidia** zu beeinträchtigen [4]). Aber ſeit der **Nov. 1. c. 2.** fällt dies weg; denn da hat Juſtinian dem Teſtator unbeſchränkt die Befugniß eingeräumt, die Anwendung der **Lex Falcidia** zu unterſagen.

Dagegen die zuerſt erwähnten Bedingungen werden auch noch im neuen Juſtinianiſchen Rechte gemißbilligt — und von ihnen iſt jetzt noch beſonders zu handeln.

bb. Einzelne hier beſonders in Betracht kommende Bedingungen.

§. 813.

1. Ueber die Bedingung der Eheloſigkeit.

COD. VI, 40. De indicta viduitate et Lege Julia miscella tollenda. — NOV. 22. c. 43. 44.

Die geſetzlichen Beſtimmungen über dieſen Gegenſtand haben ihren Urſprung in der **Lex Julia et Papia Poppaea**, deren Haupttendenz bekanntlich darin beſtand, Ehe und Kinderzeugung zu befördern.

Zuerſt nun will ich von ſolchen Bedingungen ſprechen, welche ſich auf die Verheirathung im Allgemeinen,

2) L. 9. D. d. condit. inst. »Conditiones, quae contra bonos mores inseruntur, remittendae sunt, veluti si ab hostibus patrem suum non redemerit, si parentibus suis, patronove alimenta non praestiterit.«

3) In L. 5. C. d. instit. et substit. VI, 25.

4) Siehe L. 27. D. ad Leg. Falcid. XXXV, 2. und L. 18. C. eod. VI, 50.

dann **zweitens** von ſolchen, welche ſich auf die **Wiederverheirathung** insbeſondere beziehen.

Ueber die Bedingungen der **erſten** Art iſt Folgendes zu bemerken:

1. Eine Bedingung, welche dem Honorirten geradezu vorſchreibt, ſich überall gar nicht zu verheirathen, braucht nicht erfüllt zu werden [1]). Ich ſage dem Honorirten. Denn, wenn mir etwas hinterlaſſen iſt unter der Bedingung, daß ein Dritter unverheirathet bleibe, ſo muß, ſobald nur keine Fraus legis im Spiele iſt, die Bedingung allerdings erfüllt werden [2]).

2. Die Bedingung, daß der Honorirte ſich nach der Willkür eines Dritten verheirathen ſolle, wird der Bedingung, gar nicht zu heirathen, gleich geachtet, und braucht daher auch nicht erfüllt zu werden [3]).

Dagegen ſind

3. ſolche Bedingungen zuläſſig, die nur beſtimmte Individuen bezeichnen, mit welchen der Honorirte ſich nicht verheirathen ſoll [4]). Ja es muß

4. ſelbſt die Bedingung, eine beſtimmte Perſon gerade zu heirathen, erfüllt werden, ſobald nur dieſe Perſon eine ſolche iſt, welche der Honorirte anſtändiger Weiſe heirathen kann [5]).

Ich komme nun **zweitens** an die Bedingung, ſich nicht wieder zu verheirathen, oder, wie man ſie gewöhnlich bezeichnet, an die Bedingung der **Viduität**.

Darüber, wie es mit dieſer Bedingung nach vorjuſtinianiſchem Rechte gehalten wurde, geben folgende Juſtinianiſche Conſtitutionen Auskunft: **L. 2. L. 3. C. d. indicta viduitate etc. VI, 40. Nov. 22. c. 43.** Wir ſehen aus dieſen Stellen, daß, wenn ein Ehegatte dem andern die Bedingung vorgeſchrie-

1) L. 72. §. 5. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1.

2) Beiſpiele einer Fraus legis enthalten L. 77. §. 2. L. 79. §. 4. D. eod.

3) L. 72. §. 4. D. eod.

4) L. 63. pr. L. 64. pr. D. eod. Vergl. indeſſen cit. L. 69. §. 1. D. eod. »Quodsi ita scriptum esset, **si Ariciae non nupserit**, interesse an fraus legi facta esset; nam si ea esset, quae alicubi nuptias non facile possit invenire, interpretandum, ipso jure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum ....«

5) L. 63. §. 1. D. eod. L. 1. L. 2. C. d. institut. et substitut. VI, 25. L. 4. C. d. condit. insert. tam legat. etc. VI, 46.

ben hatte, keine neue Ehe einzugehen, dieſe Bedingung nicht ohne alle Wirkung war. Durch die angeführten Conſtitutionen des Codex ward dies geändert: Auch eine ſolche Bedingung ſollte als nicht vorhanden angeſehen werden. Hierbei iſt es jedoch nicht geblieben; vielmehr hat Juſtinian ſpäter, in der Nov. 22. c. 44. Folgendes verordnet: Derjenige, dem etwas unter der Bedingung, ſich nicht wieder zu verheirathen, hinterlaſſen iſt, es ſei von wem es wolle, ſoll auf das ihm Hinterlaſſene innerhalb Jahresfriſt überall keinen Anſpruch machen können; erſt nach Ablauf eines Jahres ſoll er zum Genuß des ihm Hinterlaſſenen gelangen können, jedoch auch dann nicht anders, als gegen genügende Sicherheitsleiſtung dafür, daß er im Fall der Wiederverheirathung das Empfangene reſtituiren werde. Vgl. §. 338. VII.

§. 814.

2. Ueber die Bedingung eines eidlichen Angelöbniſſes.

Eine andere geſetzlich gemißbilligte Bedingung iſt die Conditio jurisjurandi, d. h. die Bedingung ſich eidlich anheiſchig zu machen, dieſes oder jenes zu geben, dieſes oder jenes zu thun. Wer auf dieſe Weiſe zum Erben eingeſetzt oder mit einem Vermächtniſſe bedacht iſt, dem wird die Bedingung durch eine Beſtimmung des prätoriſchen Edicts erlaſſen; die Erbſchaft oder das Vermächtniß fällt ihm zu, ohne daß er den vorgeſchriebenen Eid zu leiſten nöthig hat [1]). Den Grund dieſer Beſtimmung des Edicts bezeichnet Ulpian [2]) folgender Maßen: „Gewiſſenloſe Menſchen werden ſofort bereit ſein, zu ſchwören, ohne ſich hinterdrein an den geleiſteten Eid zu kehren. Uebertrieben gewiſſenhafte Menſchen aber werden, ehe ſie ſich zu dem verlangten Eide entſchließen, lieber auf das ihnen Hinterlaſſene Verzicht leiſten.“ Dem einen, wie dem andern Uebelſtande wollte der Prätor vorbeugen.

Obſchon nun aber der Eid ſelbſt nicht geleiſtet zu werden braucht, ſo iſt dennoch derjenige, welchem er vorgeſchrieben iſt, gehalten, dem Inhalte des Eides zu genügen. Der eingeſetzte

1) L. 8. pr. D. d. condit. inst. XXVIII, 7. (Ulpianus.)

2) cit. L. 8. pr. D. d. condit. inst.

Erbe kann die aus der Erbſchaft hervorgehende Klage nicht anders anſtellen, als wenn er dasjenige in der That gibt, dasjenige in der That thut, wozu er ſich, nach dem Willen des Verſtorbenen, eidlich anheiſchig machen ſollte [3]. Und dem gemäß müſſen wir nun auch von demjenigen, welchem unter der Bedingung der Eidesleiſtung ein Vermächtniß hinterlaſſen iſt, ſagen: Er kann nur dann mit Erfolg des Vermächtniſſes halber Klage erheben, wenn er ſich in demjenigen, was den Gegenſtand des Eides ausmachen ſollte, dem Willen des Verſtorbenen fügt. — Beiläufig bemerke ich noch, daß das Edict bei der letztwilligen Verleihung der Freiheit die Conditio jurisjurandi nicht erließ [4].

§. 815.

3. Ueber die Bedingung, die Religion zu verändern; desgleichen über die Bedingung, die Religion nicht zu verändern.

Die Bedingung, die Religion zu verändern, wird häufig Conditio religionis **affirmativa**; die Bedingung, die Religion nicht zu ändern, häufig Conditio religionis **negativa** genannt.

Unter den neueren Juriſten nun iſt vielfach die Frage ventilirt worden, inwiefern dergleichen Bedingungen ſtatthaft ſeien, oder nicht. An ſpeciellen geſetzlichen Beſtimmungen fehlt es durchaus; die Frage läßt ſich daher nur dadurch beantworten, daß man ſie auf den allgemeinen Grundſatz zurückführt: Bedingungen, die etwas fordern, was contra bonos mores iſt, werden für unerfüllbar geachtet, und eben deshalb als nicht hinzugefügt behandelt. Allerdings thut ſich nun aber hier ſogleich eine neue Frage hervor, die Frage nämlich: wie denn eigentlich jener Grundſatz zu nehmen ſei, worin eigentlich ſeine Bedeutung beſtehe?

Wenn die Römiſchen Juriſten in Beziehung auf Bedingungen von bonis moribus ſprechen, ſo nehmen ſie dabei keine Rückſicht weder auf die Ergebniſſe irgend eines philoſophiſchen

3) cit. L. 8. §. 6. D. d. condit. inst. L. 26. pr. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1.

4) L. 12. pr. D. d. manum. testam. XL, 4. L. 13. §. 3. D. d. statu lib. XL, 7.

Syſtems der Sittlichkeit, noch auch auf die Eigenthümlichkeit einzelner Fälle; ſondern: Was nach der gangbaren Anſicht der Menſchen im Allgemeinen für gut, für lobenswerth gehalten wird, das iſt den **bonis moribus** gemäß; dagegen, was nach der gangbaren Anſicht der Menſchen im Allgemeinen für ſchlecht, für tadelnswerth geachtet wird, das iſt **contra bonos mores**. Zur Erläuterung dient die Bedingung der Eheſcheidung. Dieſe wird, wie ich bereits im §. 812. angeführt habe, in unſern Quellen als eine ſolche bezeichnet, welche **contra bonos mores** ſei. Und doch iſt im Römiſchen Rechte die Scheidung als etwas juriſtiſch Zuläſſiges anerkannt; auch läßt es ſich nicht läugnen, daß, unter Umſtänden, die Scheidung ſelbſt von dem rein ſittlichen Standpunkte aus gerechtfertigt werden kann. Darauf wird aber keine Rückſicht genommen. Genug, daß im Allgemeinen die Eheſcheidung in ſittlicher Beziehung als etwas zu Mißbilligendes betrachtet wird.

Machen wir nun von dem Bisherigen die Anwendung auf die Beantwortung unſerer Frage, ſo finden wir: Nach der gangbaren Anſicht der Menſchen gilt im Allgemeinen der Uebertritt zu einer andern Religion, als zu der man ſich einmal bekannt hat, für etwas Tadelnswerthes. Soll ein Schritt dieſer Art aus einem andern Geſichtspunkte angeſehen werden, ſo müſſen beſondere Vorausſetzungen vorhanden ſein. Daher iſt die Bedingung, die Religion zu verändern, für eine ſolche zu achten, welche **contra bonos mores** iſt, und deshalb für nicht hinzugefügt gehalten werden muß. Und zwar um ſo mehr, als die Erfüllung derſelben immer den Verdacht erzeugen müßte, daß der Uebertritt bloß durch zeitliche Rückſichten herbeigeführt worden ſei. Aus ſolchen Motiven aber die Religion zu ändern, das kann, mild ausgedrückt, nie und in keinem Falle für etwas Anderes, als für etwas höchſt Tadelnswerthes gehalten werden.

Ganz anders verhält es ſich nun aber mit der Bedingung, die Religion, zu der man ſich bekennt, nicht zu ändern. Denn nach der gangbaren Meinung der Menſchen wird das eben für recht, für lobenswerth gehalten. Nur unter beſonderen Vorausſetzungen wird man es tadelnswerth finden, wenn Jemand

bei ſeiner Religion beharrt. Und daher läßt ſich von der Bedingung, die Religion nicht zu verändern, nicht behaupten, daß ſie **contra bonos mores** ſei. Sie kann nicht **pro non adjecta** angeſehen werden, ſondern ſie muß vielmehr erfüllt werden.

Die hier bezeichneten Reſultate ſind nicht nur in der Natur der Sache gegründet, ſondern ſie werden auch, wenn ſchon nicht allgemein, ſo doch von den meiſten Schriftſtellern anerkannt.

§. 816.

δδ. Von Bedingungen, welche eine ungehörige Zumuthung an den durch das bedingte Recht zu Beſchränkenden enthalten.

Denken wir uns, der Teſtator ertheilt dem A. irgend ein Recht. Dieſes aber beſchränkt er vermittelſt einer anderweitigen Verfügung zu Gunſten des B., welche in Wirkſamkeit treten ſoll, ſobald A. eine gewiſſe Handlung vornimmt, oder ſobald er eine gewiſſe Handlung unterläßt. Alſo das Recht des B. iſt bedingt durch ein Thun oder Unterlaſſen von Seiten des A. Natürlich iſt eben dadurch nun auch die Entſcheidung der Frage bedingt, ob der A. von jener Beſchränkung zu Gunſten des B. frei bleiben werde oder nicht. Wenn z. B. B. ein gewiſſes Recht haben ſoll unter der Vorausſetzung, daß A. eine gewiſſe Handlung unterlaſſe; ſo wird A. die in jenem Rechte für ihn liegende Beſchränkung von ſich abwenden, wenn er die bezeichnete Handlung vornimmt; das Vornehmen der Handlung iſt die Bedingung, unter welcher er die Beſchränkung vermeidet. Nun aber fragt es ſich, wenn die Bedingung, unter welcher allein A. die zu beſorgende Beſchränkung von ſich ſoll abwenden können, eine aus factiſchen Gründen unerfüllbare, oder aus moraliſchen Gründen ungehörige iſt, was wird da der Erfolg ſein? Die zu Gunſten des B. getroffene Verfügung wird dadurch ganz und gar vernichtet. Und zwar hat das ſeinen Grund darin: Die auf ein Thun oder Unterlaſſen gerichtete Bedingung, unter welcher A. ſich allein frei erhalten kann, wird, weil ſie eine unerfüllbare, ungehörige iſt, für ihn als nicht hinzugefügt betrachtet; der A. iſt alſo von der ihm angedroheten Beſchrän-

Digitized by Google

kung ſeines Rechts ſchlechthin frei, und eben deshalb bleibt nun die beſchränkende Verfügung ſelbſt, alſo jene Verfügung zu Gunſten des B., ohne Wirkung. So muß man ſich die Sache erklären [1]).

Ich will jetzt das Geſagte durch ein Beiſpiel erläutern: Denken wir uns, der Teſtator hätte ſo geſagt: »A. ſoll mein Erbe ſein. Falls er ſich aber jemals verheirathet, ſo ſoll B. ebenfalls Erbe ſein; oder: B. ſoll alsdann dieſes oder jenes Vermächtniß erhalten.« In dieſem Falle würde A. die von dem Teſtator angeordnete Beſchränkung ſeines Rechts nur unter der Bedingung der Eheloſigkeit vermeiden können, wenn es nämlich nach dem Willen des Teſtators ginge. Aber die Bedingung abſoluter Eheloſigkeit iſt eine in den Geſetzen gemißbilligte Bedingung; ſie gehört zu denen, welche nicht erfüllt zu werden brauchen, und daher iſt A. ſicher, den B. nicht zum Miterben zu haben, zur Leiſtung eines Vermächtniſſes an ihn nicht genöthigt zu ſein, auch wenn er ſich verheirathet [2]).

bb. Von der Erfüllung einer vorgeſchriebenen Bedingung.
(§. §. 817 — 819.)

α. Von der wirklichen Erfüllung. (§. §. 817. 818.)

§. 817.

αα. Ueber den Zeitpunkt der Erfüllung.

Hier iſt vor allen Dingen dieſes zu wiſſen nöthig, ob und inwieweit Bedingungen noch bei des Teſtators Leben, oder erſt nach ſeinem Tode erfüllt werden können, oder gar müſſen. Es läßt ſich hier nicht von allen Bedingungen daſſelbe ſagen, ſondern man muß unterſcheiden:

A. Es gibt Bedingungen, welche nur vivo testatore erfüllt werden können, indem entweder der Teſtator dies ausdrücklich gefordert hat, oder die Natur der Bedingung es von

1) Wegen des Reſultats verweiſe ich auf L. un. C. d. his, quae poenae nom. relinqu. VI, 41. und §. ult. I. d. legat. II, 20.

2) Vergl. L. 22. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1.

ſelbſt mit ſich bringt; wie wenn der Teſtator einem Frauenzimmer etwas hinterlaſſen hat unter der Bedingung, daß ſie ihn heirathe [1]).

B. Nun gibt es aber auch Bedingungen, welche umgekehrt nicht anders, als nach des Teſtators Tode erfüllt werden können. Von ſelbſt verſteht es ſich, daß hieher diejenigen gehören, deren früherer Erfüllung der ausdrücklich ausgeſprochene Wille des Teſtators, oder die Natur der Sache im Wege ſteht [2]). Aber auch abgeſehen davon iſt es Regel, daß die Erfüllung poteſtativer und gemiſchter Bedingungen dem Honorirten nur dann zu Statten kommt, wenn ſie nach des Teſtators Tode erfolgt [3]).

C. Eine dritte Claſſe von Bedingungen umfaßt diejenigen, bei denen es gleichgültig iſt, ob ſie bei dem Leben des Teſtators oder nach ſeinem Tode erfüllt werden. Dahin gehören alle zufällige Bedingungen [4]). Aber vermöge einer Ausnahme von der vorhin gegebenen Regel, ſind hieher auch einige gemiſchte Bedingungen zu rechnen. Es gilt dies von der Bedingung, zu heirathen, vorausgeſetzt nur, daß nicht etwa von einer Heirath

1) Siehe L. 133. D. d. V. S. L. 91. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1. »Conditionum, quae in futurum conferuntur, triplex natura est, ut quaedam ad id tempus, quo testator vivat, quaedam ad id, quod post mortem ejus futurum sit, quaedam ad alterutrum pertineant, tempus autem vel certum, vel infinitum comprehendatur. Quae omnia non minus in fideicommissis, quam in institutionibus ac legatis incidere solent, ut haec conditio: Titiae, si mihi nupserit, non dubie nisi vivente testatore, illa autem: si ad exsequias funeris mei venerit, nisi post mortem impleri non possit, illa vero: si filio meo nupserit, vel vivente, vel mortuo testatore impleri possit. Et prima quidem ac tertia ex relatis conditionibus infinitum tempus habent, quandoque enim nupserit, impletur conditio, secunda ad certum tempus adscripta est.«

2) cit. L. 91. D. eod.

3) L. 2. D. eod. »Conditionum quaedam sunt, quae quandoque impleri possunt, etiam vivo testatore, utputa: si navis ex Asia venerit; nam quandoque venerit navis, conditioni paritum videtur; quaedam, quae non nisi post mortem testatoris, veluti si decem dederit; si Capitolium ascenderit; nam ut paruisse quis conditioni videatur, etiam scire debet, hanc conditionem esse insertam; nam si fato fecerit, non videtur obtemperasse voluntati.« Vgl. L. 11. §. 1. D. eod. »Sciendum est, promiscuas conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur . . . . .«

4) citt. L. 2. L. 11. §. 1. D. eod. L. 7. C. d. inst. et subst. VI, 25.

mit dem Teſtator oder der Teſtatrix ſelbſt die Rede iſt [5]). Eben ſo gehört hieher der Fall, da die Exiſtenz von Kindern zur Bedingung gemacht iſt [6]).

Es mag aber nun etwas bei dem Leben des Teſtators geſchehen ſollen oder nach ſeinem Tode — immer bleibt noch die Frage übrig: **Wie früh**, oder **wie ſpät?** Z. B. wenn etwas nach des Teſtators Tode geſchehen ſoll, binnen welchem Zeitraum nach dem Tode muß die Thatſache, worauf es ankommt, ſich ereignen?

Hat der Teſtator ſelbſt die Friſt bezeichnet, innerhalb welcher die Bedingung erfüllt werden ſoll, ſo hilft es dem Honorirten zu nichts, wenn die Bedingung erfüllt wird erſt nach dem Ablauf dieſer Friſt [7]). Nur werden bei ſolchen Bedingungen, welche die eigene Thätigkeit des Honorirten in Anſpruch nehmen, diejenigen Tage in die beſtimmte Friſt nicht eingerechnet, an welchen der Honorirte ſich, ohne ſeine Schuld, verhindert ſah, für die Erfüllung der Bedingung thätig zu ſein [8]). Angenommen daher, es iſt dem Honorirten zur Bedingung gemacht, dem Erben innerhalb einer beſtimmten Friſt etwas zu geben; hier wird, wenn der zum Erben Ernannte ein Extraneus iſt, die Friſt gerechnet von der Antretung der Erbſchaft an [9]). Wird die Bedingung innerhalb der geſetzten Friſt erfüllt, ſo iſt dann der Erfolg der, daß nunmehr das Recht des Honorirten ſofort, gleich im Augenblick der erfüllten Bedingung, aufhört, in suspenso zu ſein, geſetzt auch, daß die vorgeſchriebene Friſt noch lange nicht abgelaufen iſt. Und nicht nur, daß die durch die Bedingung herbeigeführte Ungewißheit des Rechts ſofort aufhört,

5) L. 10. pr. D. d. condit. et demonstr. »Haec conditio: filiae meae, quum nupserit, talis est, ut qui testatus est impleri solummodo conditionem voluerit, non satis exigit, quando. Et ideo, et si vivo testatore nupserit, post testamentum factum, impleta conditio videtur, praesertim quum conditio haec talis sit, ut semel impleri debeat.« Vgl. L. 68. cit. L. 91. D. eod. cit. L. 7. C. d. inst. et subst.

6) L. 61. D. d. condit. et demonstr.

7) L. 23. pr. D. d. statu lib. XL, 7.

8) L. 40. pr. L. 46. D. d. condit. et demonstr.

9) cit. L. 46. D. eod. Den Grund bezeichnet ber Juriſt (Paulus) alſo: »quia absurdum visum est, ante diem praeterire, quam is existeret, quem oportet accipere.«

es wird auch das dem Honorirten verliehene Recht ſich auf der Stelle vollſtändig wirkſam erweiſen, ſobald es nur nicht an irgend einer geſetzlichen Vorausſetzung für dieſe Wirkſamkeit fehlt. Es wird alſo jenes Recht auch auf der Stelle geltend gemacht werden können: ſo z. B. wenn es dem Honorirten zur Bedingung gemacht iſt, in gewiſſen Terminen eine Summe Geldes zu zahlen, und er dieſe Summe nun ſofort und auf Ein Mal zahlt [10]). Nur dann wird es anders ſein, wenn etwa aus beſondern Gründen hervorgeht, es ſei des Teſtators Abſicht geweſen, daß das Recht des Honorirten, der früher erfolgten Erfüllung der Bedingung ungeachtet, ſich erſt mit dem Ablaufe der vorgeſchriebenen Friſt wirkſam erweiſen ſolle [11]).

Wie aber, wenn der Teſtator keine beſtimmte Friſt vorgeſchrieben hat? Im Allgemeinen werden wir ſagen müſſen, die Erfüllung iſt hier an keine Zeit gebunden. Etwas Beſonderes iſt jedoch zu bemerken in Beziehung auf ſolche Bedingungen, vermöge deren irgend eine Handlung unterlaſſen werden ſoll. Nämlich es iſt nicht hinreichend, daß derjenige, welcher etwas unterlaſſen ſoll, dies nur eine Zeitlang unterlaſſe, er muß es unterlaſſen, ſo lange er lebt.

Dabei nun ſind zwei Fälle möglich:

1. Noch bei dem Leben deſſen, der etwas zu unterlaſſen hat, kann es unmöglich werden, dasjenige zu thun, was nach dem Willen des Teſtators unterbleiben ſoll; und dann iſt die Bedingung erfüllt in dem Augenblicke, in welchem die Unmöglichkeit eintritt. So z. B. die Bedingung: »Si Titius Sejam uxorem non duxerit.« Stirbt Seja hier vor dem Titius, ohne daß dieſer ſie geheirathet hat, ſo wird es dem Titius dadurch für die Folge unmöglich, die Seja zu heirathen, und ſo iſt mit ihrem Tode die Bedingung erfüllt.

2. Inwieweit nun aber eine ſolche Unmöglichkeit nicht eintritt, inſoweit werden wir ſagen müſſen: Die Bedingung kann nicht anders erfüllt werden, als mit dem Tode desjenigen, der

10) L. 41. §. §. 1. 2. D. d. manumiss. test. XL, 4. L. 3. §. 14. D. d. statu lib. XL, 7.

11) So in dem Falle der L. 4. §. 1. D. d. condit. et demonstr.

etwas unterlaſſen ſoll. Iſt dieſer nicht der Honorirte, ſondern ein Dritter, ſo kann es natürlicher Weiſe geſchehen, daß der Honorirte die Erfüllung der Bedingung, wer weiß wie lange, überlebt. Iſt aber derjenige, der etwas thun ſoll, gerade der Honorirte ſelbſt, ſo kann die Bedingung nicht eher für erfüllt geachtet werden, als bei dem Tode des Honorirten, alſo nicht eher, als im letzten Augenblicke ſeines Lebens.

§. 818.

ββ. Ueber die Erfüllung ſelbſt.

Es iſt hauptſächlich nur Eine Art von Bedingungen, über welche etwas Beſonderes zu ſagen iſt — ich meine ſolche Bedingungen, denen zu Folge der Honorirte irgend eine poſitive Handlung vornehmen ſoll. In Anſehung ſolcher Bedingungen verdient vornämlich Folgendes bemerkt zu werden:

1. Der Honorirte muß die vorgeſchriebene Handlung unmittelbar ſelbſt und in eigner Perſon vornehmen; ausgenommen den Fall, da es auf ein Dare, auf ein Geben ankommt [1].

2. Denken wir uns, der Teſtator hat mehren Honorirten gemeinſchaftlich eine untheilbare Handlung zur Bedingung gemacht, z. B. die Aufführung eines Gebäudes, die Errichtung eines Denkmals u. ſ. w. Und nun veranlaßt die Saumſeligkeit der Uebrigen Einen unter ihnen, daß er allein ausführt, was Alle zuſammengenommen hätten bewerkſtelligen ſollen. Hier wird die Erfüllung der Bedingung zwar nicht den Uebrigen, wohl aber ihm zu Statten kommen [2].

3. Befindet der Honorirte ſich in eines Andern Gewalt, ſo bedarf es zur wirkſamen Erfüllung der Bedingung nicht erſt eines Befehles von Seiten desjenigen, dem die Gewalt zuſteht [3]. Eben ſo wenig bedarf es bei einem Bevormundeten der Zuſtimmung des Vormundes, vorausgeſetzt nur, daß die Handlung,

1) L. 39. §. 5. D. d. statu lib. XL, 7. L. 28. D. d. condit. inst. XXVIII, 7.

2) L. 13. pr. §. 2. D. d. manumiss. testam. XL, 4. L. 13. §. 2. D. d. statu lib. XL, 7. L. 6. C. d. condit. insert. tam legat. etc. VI, 46. (Justinianus.)

3) L. 5. §. 1. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1. In der widerſtreitenden L. 25. D. d. condit. inst. iſt das »non« zu expungiren. Siehe Cujac. Observv. II, 16.

auf welche es ankommt, eine ſolche iſt, zu welcher, an ſich genommen, der Bevormundete für ſich allein fähig iſt [4]).

4. Hat die Handlung, welche von dem Honorirten gefordert wird, eine Beziehung auf irgend einen Dritten, ſo iſt im Allgemeinen die Regel dieſe: Die Handlung muß vorgenommen werden in Hinſicht derjenigen Perſon gerade, die der Teſtator bezeichnet hat [5]). Wenn es jedoch auf ein Geben ankommt, ſo kann die Bedingung erfüllt werden auch in der Perſon eines zur Empfangnahme befugten Stellvertreters; ja, ſteht derjenige, dem nach der Beſtimmung des Teſtators gegeben werden ſoll, unter Vormundſchaft, ſo muß ſogar dem Vormunde gegeben werden, oder es wird wenigſtens deſſen Concurrenz erfordert [6]).

5. Ueber den Fall, da der Teſtator es zur Bedingung gemacht hat, daß *ſeinem Erben* etwas gegeben werden ſolle, finden ſich in den Quellen folgende beſondere Beſtimmungen: Jene Bezeichnung iſt nur auf denjenigen zu beziehen, der in der That Erbe geworden iſt; nicht auf denjenigen, dem die Erbſchaft bloß deferirt iſt [7]) — es wäre denn, daß der zum Erben Deſignirte durch die Antretung der Erbſchaft einen Dritten, in deſſen Gewalt er ſich befindet, zum Erben gemacht hätte. Hier muß dem zum Erben Deſignirten gegeben werden, ungeachtet nicht er ſelbſt Erbe geworden iſt [8]). Auf den Fideicommiſſar, an welchen etwa die Erbſchaft herausgegeben werden ſoll, iſt die in Rede ſtehende Bezeichnung nicht zu beziehen, ſelbſt nicht, wenn der Erbe gezwungener Weiſe angetreten hat [9]); eben ſo wenig auf den Erben des Erben [10]).

6. Manche ganz eigenthümliche Beſtimmungen über die Perſon desjenigen, an welchen zu geben iſt, finden da Statt, wo ein Sclav unter einer Conditio dandi teſtamentariſch manumittirt iſt. Dieſe Beſtimmungen geſtatten jedoch auf anderweitige letztwillige Diſpoſitionen keine Anwendung [11]).

4) L. 26. D. d. condit. inst. L. 5. pr. D. d. condit. et demonstr.

5) L. 44. pr. §. 3. L. 94. pr. D. eod.

6) cit. L. 44. §. 3. L. 13. D. eod. L. 68. D. d. solut. XLVI, 3.

7) L. 41. §. 14. D. d. fideicommiss. libert. XL, 5.

8) cit. L. 44. pr. §. 1. D. d. condit. et demonstr.

9) cit. L. 44. §. §. 4. 5. D. eod.

10) L. 51. §. 1. D. eod.

11) Ich weiſe u. A. auf cit. L. 51.

7. Anlangend das Qualitative der vorzunehmenden Handlung, ſo iſt die Bedingung nur dann für erfüllt zu achten, wenn genau und nicht etwa bloß dem Scheine nach, dasjenige geſchieht, was der Teſtator gewollt hat. Daher genügt bei der Bedingung, ſich zu verheirathen, nicht jede Verbindung, ſondern nur eine eigentliche, wahre, von dem Geſetz anerkannte Ehe [12]. Wenn jedoch der Teſtator von dem Honorirten eine Handlung verlangt, von der er wohl wiſſen muß, daß ſie beſonderer Verhältniſſe halber den eigenthümlichen rechtlichen Erfolg nicht haben kann, den eine Handlung dieſer Art ſonſt zu haben pflegt: ſo iſt es hinreichend, daß der Honorirte an ſeinem Theile dasjenige thue, was jene Verhältniſſe ihm zu thun geſtatten. Die Bedingung wird ſchon dadurch erfüllt [13].

8. In Bezug auf das Quantitative der vorzunehmenden Handlung lautet die Regel ſo: So lange die zur Bedingung gemachte Handlung nicht ihrem ganzen quantitativen Umfange nach geleiſtet worden iſt, hat der Honorirte in der Regel auf das an die Bedingung geknüpfte Recht noch gar keinen Anſpruch; er kann nicht einmal einen Theil deſſelben in Anſpruch nehmen [14]. Dieſe Regel iſt jedoch nicht ohne Ausnahmen. So kann, wo die Erfüllung der Bedingung in ihrem ganzen quantitativen Umfange unmöglich iſt, die partielle Erfüllung derſelben dem Honorirten allerdings wenigſtens einen verhältnißmäßigen Theil des ihm zugedachten Rechts verſchaffen [15].

Beſonders häufig iſt nun aber ſchon die partielle Erfüllung in dem Falle wirkſam, wo irgend eine Leiſtung Mehren gemeinſchaftlich zur Bedingung gemacht iſt. Freilich, ſolche Bedingungen, welche auf ein Facere im engern Sinne des Worts gerichtet ſind, geſtatten keine Theilung [16]; wohl aber diejenigen, bei

§. 1. D. eod. L. 6. §. §. 3–7. L. 8. L. 27. D. d. statu lib. XL, 7.

12) L. 10. pr. D. d. condit et demonstr. L. 30 D. quando dies legator. etc. XXXVI, 2.

13) Beiſpiele zur Erläuterung dieſes Satzes finden ſich u. A. in L. 20. §. 1. D. d. condit. inst. L. 41. §. 1. D. d. statu lib. XL, 7.

14) L. 23. L. 56. D. d. condit. et demonstr.

15) Ein Beiſpiel hiezu enthält L. 112. §. 1. D. eod. Vergl. noch L. 44. §. 10. D. eod. L. 104. §. 4. D. d. legat. I.

16) cit. L. 13. D. d. manumiss. testam. Vergl. oben den Text zu Note 2.

welchen es auf ein Dare, auf ein Geben ankommt. Z. B. wenn ein Legat in der Art angeordnet iſt: »A. und B. ſollen, Falls ſie dem C. eine Summe von 100 zahlen, das und das Grundſtück haben.« Hier wird die Bedingung als getheilt betrachtet; dergeſtalt, daß A., wenn er ſeiner Seits an den C. 50 auszahlt, damit ſofort Eigenthümer einer Hälfte des Grundſtücks werden wird [17]).

§. 819.

β. Von den Vorausſetzungen, unter welchen eine nicht erfüllte Bedingung gleich einer erfüllten behandelt wird.

Die *erſte* Vorausſetzung iſt dieſe: der Honorirte muß ſeiner Seits Alles gethan haben, was in ſeiner Gewalt ſtand, um die Bedingung zu erfüllen. Dies wird da gefordert, wo einem Sclaven unter einer Bedingung die Freiheit gegeben iſt [1]). Dieſer Fall aber iſt unter allen der am meiſten begünſtigte — und daher haben wir die eben bezeichnete Vorausſetzung als ein allgemeines Erforderniß anzuſehen, woran es niemals fehlen darf.

Zweitens: Wenn die Erfüllung der Bedingung den Ablauf einer gewiſſen Zeit erfordert, ſo wird vorausgeſetzt, daß dieſe Zeit verſtrichen ſei. So alſo wird z. B., wenn Einer eine Reiſe nach einem gewiſſen Orte hin machen ſoll, verlangt, daß ſo viel Zeit vergangen ſei, als nothwendig iſt, um den beſtimmten Ort zu erreichen [2]).

Drittens wird vorausgeſetzt, daß, ungeachtet der Honorirte ſeiner Seits das Mögliche gethan hat, und die erforderliche Zeit verſtrichen iſt, die Bedingung dennoch, wegen eines Hinderniſſes von Außen her, nicht erfüllt werden konnte. Allein freilich, nicht überall, und nicht bei jedem äußern Hinderniß

17) L. 54. §. 1. cit. L. 56. D. d. cond. et demonstr.

1) L. 31. §. 1. D. d. statu lib. XL, 7.

2) L. 4. §. 2. L. 20. §. 5. cit. L. 31. §. 1. D. eod. Sprechen dieſe Stellen gleich zunächſt von der unter einer Bedingung ertheilten Freiheit, ſo findet das Gleiche doch auch auf andere bedingungsweiſe verliehene Rechte Anwendung.

wird die unerfüllte Bedingung für erfüllt geachtet; und daher kommt es hier nun noch auf gewiſſe nähere Beſtimmungen, auf die Angabe gewiſſer dieſen Punkt gerade betreffenden Regeln an. Dieſer Regeln gibt es überhaupt *drei*. *Zwei* davon ſind inſofern allgemeine Regeln, als ſie auf alle letztwillige Verfügungen Anwendung finden, das dadurch verliehene Recht ſei, welches es wolle. Eine *dritte* Regel aber iſt beſchränkt bloß auf den Fall einer bedingt verliehenen Freiheit.

Die *erſte Regel* lautet ſo:

Eine Bedingung wird für erfüllt geachtet, wenn die Erfüllung derſelben durch denjenigen verhindert wird, der ein Intereſſe daran hat, daß ſie unerfüllt bleibe[3]. Von dieſer Regel, die auch bei vertragsmäßigen Verabredungen Anwendung findet, iſt keine Art letztwilliger Dispoſitionen ausgeſchloſſen.

Es fragt ſich nur — wer iſt bei Rechtsverhältniſſen aus einem letzten Willen derjenige, cujus interest conditionem non impleri? Jederzeit derjenige, welcher, wenn die Bedingung erfüllt wird, nach dem Willen des Teſtators in dem verliehenen Rechte beſchränkt wird[4]. Am häufigſten wird dies der Erbe ſein, welcher z. B. durch ein bedingtes Vermächtniß beſchränkt iſt, und daher wünſchen muß, daß die Bedingung nicht erfüllt werde. Aber daſſelbe Verhältniß kann auch Statt finden in Hinſicht auf einen Legatar, der das Empfangene unter gewiſſen Bedingungen einem Dritten reſtituiren ſoll. Auch kann der Fall dieſer ſein, daß Einer z. B. pure und der Andere sub conditione inſtituirt iſt, da dann jener offenbar ein Intereſſe daran hat, daß die Bedingung nicht erfüllt werde, die ihm einen Miterben gibt, und ohne deren Erfüllung er allein die ganze Erbſchaft haben würde. Und ein ähnliches Verhältniß kann Statt finden unter mehren Legataren, denen dieſelbe Sache legirt iſt, dem Einen pure, dem Andern sub conditione.

3) L. 161. D. d. R. J. L. 24. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1. Ueber dieſe Stellen ſowohl, insbeſondre die Lesart der letzteren, als über die Regel ſelbſt iſt zu vergleichen §. 97. Note 3. und der Text dazu.

4) L. 81. §. 1. D. d. condit. et demonstr. »Tunc enim demum pro impleta habetur conditio, quum per eum stat, qui, si impleta esset, debiturus erat.«

Was aber das Hinderniß ſelbſt anbetrifft, welches von einer Perſon dieſer Art ausgeht, ſo kommt immer nur ein ſolches in Anſchlag, welches in der Abſicht herbeigeführt iſt, die Erfüllung der Bedingung zu verhindern [5]).

Endlich entſteht nun noch die Frage — ob unſere Regel ſich auf alle und jede Bedingungen beziehe? Sie bezieht ſich, wie die in den Quellen vorkommenden Beiſpiele ergeben, auf Bedingungen der verſchiedenſten Art. Die Natur der Sache bringt es jedoch mit ſich, daß ſie auf ſolche Bedingungen nicht angewandt werden kann, deren Erfüllung lediglich von der Willkür eben desjenigen abhängt, der an der Nichterfüllung ein Intereſſe hat. Wollte man ſie auch auf Bedingungen dieſer Art anwenden, ſo würde das der Abſicht des Teſtators offenbar entgegen ſein; es würden dergleichen Bedingungen dadurch alle Bedeutung verlieren [6]).

Die zweite Regel iſt beſchränkt auf vermiſchte Bedingungen. Eine vermiſchte Bedingung nämlich, der zu Folge der Honorirte eine Handlung vornehmen ſoll, welche ſich auf einen Dritten bezieht, wird als erfüllt behandelt, ſobald eben dieſer Dritte die Erfüllung derſelben verhindert, derjenige alſo, in cujus personam collata est conditio. So, wenn eine Heirath verhindert wird durch Weigerung von Seiten derjenigen Perſon, welche den Honorirten heirathen müßte, um der Bedingung zu genügen. Ich ſage „durch Weigerung.“ Nämlich immer wird vorausgeſetzt, daß das der Erfüllung der Bedingung im Wege ſtehende Hinderniß von dem Willen desjenigen ausgehe, in quem collata est conditio. Daher fällt die Regel weg, ſobald der Tod derjenigen Perſon, in Hinſicht welcher gehandelt werden ſoll, die Erfüllung der Bedingung unmöglich macht. So namentlich bei der Bedingung zu heirathen [7]). Auf gleiche Weiſe iſt die Bedingung, zu geben, für ausgefallen zu halten, ſobald der Grund der Nichterfüllung darin liegt, daß derjenige nicht mehr am Le-

5) L. 38. D. d. statu lib. XL, 7.

6) Vergl. auch §. 97. Bd. I. S. 287.

7) L. 31. D. d. condit. et demonstr. L. 4. C. d. condit. insert. tam legat. etc. VI, 46.

ben iſt, welchem gegeben werden ſoll [8]). Inwiefern nun aber das der Erfüllung in den Weg gelegte Hinderniß ein abſichtliches iſt, ſo verdient noch beſonders dieſes bemerkt zu werden: Iſt eine Bedingung zu erfüllen in der Perſon eines Pupillen, ſo kommt unſere Regel zur Anwendung, das Hinderniß mag von dem Pupillen ſelbſt ausgehen, oder von ſeinem Tutor [9]).

Uebrigens findet unſere Regel Anwendung nicht nur bei der Erbeseinſetzung [10]), ſondern auch auf Vermächtniſſe [11]). Eben ſo galt ſie für die teſtamentariſche Manumiſſion [12]).

Zuletzt muß ich noch dieſes bemerken: Es kann ſein, daß derjenige, **in quem collata est conditio**, zugleich ein ſolcher iſt, der befürchten muß, durch die Erfüllung der Bedingung in einem ihm verliehenen Rechte beſchränkt zu werden, und der deshalb alſo ein Intereſſe daran hat, daß dieſe Bedingung nicht erfüllt werde. Hindert nun dieſer die Erfüllung, dann laſſen ſich beide bisher erörterte Regeln anwenden; beide führen zu demſelben Reſultate. Wo aber derjenige, **in quem collata est conditio**, ein ſolches Intereſſe, wie ich es eben bezeichnete, nicht hat, da kann nur unſere zweite Regel angewandt werden.

Die bisher erörterten beiden Regeln beziehen ſich, wie ſchon bemerkt iſt, auf letztwillige Anordnungen überhaupt. Dagegen gilt eine dritte Regel nur bei bedingter Verleihung der Freiheit; ſie hat ihren Grund in dem beſondern **Favor libertatis** und läßt ſich daher auf andere Verhältniſſe nicht anwenden. Nämlich: Wenn Jemand in ſeinem letzten Willen ſeinem eigenen Sclaven oder dem Sclaven ſeines Erben unter einer nicht zufälligen Bedingung die Freiheit zugeſichert hat, ſo gelangt der Sclav zur Freiheit, ſobald es nur nicht an ihm lag, daß die Bedingung unerfüllt blieb, der Grund mag übrigens liegen, worin er wolle [13]).

8) L. 94. pr. D. d. condit. et demonstr. L. 20. §. 3. D. d. statu lib. XL, 7. (S. unten Note 13.)

9) L. 78. pr. D. d. condit. et demonstr. L. 34. §. 4. D. d. legat. II.

10) L. 3. L. 11. D. d. condit. inst. XXVIII, 7. L. 14. D. d. condit. et demonstr. L. 1. C. d. inst. et subst. VI, 25.

11) cit. L. 31. cit. L. 78. pr. L. 101. §. 4. D. d. condit. et demonstr. L. 5. §. 5. D. quando dies legator. etc. XXXVI, 2.

12) cit. L. 78. pr. D. d. condit. et demonstr.

13) Die wichtigſten Stellen für dieſen Satz, aus denen ſich auch zugleich ergibt, daß derſelbe nur favore libertatis galt, daher auf an-

§. 820.

cc. Von den Mitteln, durch welche der Honorirte noch vor erfüllter Bedingung zu dem interimiſtiſchen Genuſſe des ihm verliehenen Rechtes gelangen kann.

An und für ſich hat derjenige, welchem in einem letzten Willen unter einer Bedingung ein Recht ertheilt iſt, ſo lange noch gar kein Recht, als die Bedingung in pendenti iſt. Unter gewiſſen Vorausſetzungen jedoch kann der Honorirte ſchon pendente conditione, interimiſtiſch wenigſtens, zu dem Genuß des ihm verliehenen Rechts gelangen. Und das nun eben iſt es, wovon hier die Rede ſein ſoll.

Es gibt aber, um zu jenem interimiſtiſchen Genuſſe zu gelangen, zweierlei Mittel: die Muciana cautio, und die Bonorum possessio secundum tabulas.

I. Von der Muciana cautio.

Sie findet nur bei gewiſſen Bedingungen Statt. Die Bedingung nämlich muß darin beſtehen, daß irgend eine Handlung unterlaſſen werde [1]). Und ferner wird in der Regel wenigſtens gefordert, daß die Möglichkeit die Handlung vorzunehmen, nicht eher wegfallen könne, als mit dem Tode des Honorirten; alſo

dere letztwillige Verfügungen keine Anwendung finden kann, ſind: L. 55. D. d. manumiss. testam. XL, 4. cit. L. 20. §. 3. D. d. statu lib. XL, 7. »Is cui servus pecuniam dare jussus est, et liber esse, decessit. Sabinus ait, si decem habuisset parata, liberum fore, quia non staret per eum, quo minus daret: Julianus autem ait: favore libertatis, constituto jure hunc ad libertatem perventurum, etiam si postea habere coeperit decem. Adeo autem constituto potius jure, quam ex testamento ad libertatem pervenit, ut si eidem et legatum sit, mortuo eo, cui dare jussus est, ad libertatem quidem perveniat, non autem et legatum habiturus sit. Idque et Julianus putat, ut in hoc ceteris legatariis similis sit. Diversa causa est ejus, quem heres prohibet, conditioni parere; hic enim ex testamento ad libertatem pervenit.« Vergl. übrigens L. 3. pr. §. 10. L. 28. pr. D. eod. L. ult. C. d. condit. insert. tam legatis etc. VI, 46.

1) L. 7. pr. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1. »Mucianae cautionis utilitas consistit in conditionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, utputa: si in Capitolium non ascenderit, si Stichum non manumiserit ..... Nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est.«

erſt mit dieſem muß die Bedingung erfüllt werden können [2]). Eine ſolche Bedingung nun wird einſtweilen ſchon jetzt als erfüllt behandelt, ſobald der Honorirte Sicherheit leiſtet, im Fall der Nichterfüllung den Gegenſtand des ihm verliehenen Rechts wiederum herauszugeben. Und dieſe Sicherheitsleiſtung führt den Namen Muciana cautio. Nach der Nov. 22. c. 43. war dieſe Cautio eine Erfindung des Q. Mucius Scaevola. Daraus erklärt ſich die Benennung.

Zunächſt ſcheint die Caution eingeführt worden zu ſein in Beziehung auf bedingte Legate [3]); ſpäter wandte man ſie an auch bei Fideicommiſſen und bei den Erbeseinſetzungen [4]). Auf die bedingte Verleihung der Freiheit konnte ſie, der Natur der Sache nach, keine Anwendung finden [5]). Daß ſie aber überhaupt eingeführt iſt, das beruhet darauf, daß man annehmen darf, dadurch der eigentlichen Abſicht des Teſtators am Vollſtändigſten zu genügen. Denn, wer Jemanden unter einer Bedingung, wie wir ſie hier vorausſetzen, in ſeinem letzten Willen bedenkt, dem liegt nicht daran, den Honorirten ſelbſt von dem Genuß des Hinterlaſſenen auszuſchließen, und dieſen erſt deſſen Erben zuzuwenden — ſondern nur darum iſt es ihm zu thun, daß die Bedingung erfüllt werde, und daß im Entſtehungsfall weder der Honorirte ſelbſt, noch deſſen Erben von der getroffenen Anordnung Vortheil ziehen. Dieſer Zweck wird nun aber dadurch erreicht, daß der Honorirte, Falls er der Bedingung nicht genügt, Alles wieder herausgeben muß. Uebrigens verdient noch ganz beſonders der Umſtand berückſichtigt zu werden, daß manche letztwillige Dispoſitionen ohne die Muciana cautio gar nicht einmal möglich ſein würden. Denken wir uns z. B., um nur Eines anzuführen, es wird Jemanden der Ususfructus

2) L. 73. D. eod. ». . . . . quum in omnibus conditionibus, quae morte legatariorum finiuntur, receptum est, ut Muciana cautio interponatur . . .« Vergl. L. 101. §. 3. L. 106. D. eod. »Hoc genus legati: si Titio non nupserit, perinde habendum est, ac si post mortem Titii legatum fuisset. Et ideo nec Muciana satisdatione interposita capere legatum potest; sed et alii nubendo, nihilominus legatum consequitur.«

3) cit. L. 73. D. eod.

4) cit. L. 7. pr. cit. L. 101. §. 3. D. eod.

5) L. 61. pr. D. d. manumiss. testam. XL, 4.

unter einer Bedingung legirt, die erſt mit ſeinem Tode erfüllt werden kann. Der Ususfructus geht bekanntlich nicht auf den Erben über. Ein ſolches Legat würde alſo ganz und gar ohne Erfolg ſein, wenn es keine Muciana cautio gäbe; der Legatar ſelbſt könnte keinen reellen Vortheil davon haben, weil er erſt im letzten Augenblicke ſeines Lebens anfinge zur Ausübung des Ususfructus berechtigt zu ſein, und der Erbe könnte auch nichts davon haben.

Was aber anbetrifft die Sicherheitsleiſtung ſelbſt, ſo fragt es ſich da zuerſt, wem Sicherheit zu leiſten iſt. Auf dieſe Frage wird folgende Antwort gegeben: Demjenigen, welchem, im Fall der nicht erfüllten Bedingung, das Vermächtniß oder die Erbſchaft, wovon die Rede iſt, zu Gute kommt [6]).

Denken wir uns daher, es iſt Jemand unter einer Bedingung, wie ſie hier vorausgeſetzt wird, zum Erben ernannt, ſo wird es zunächſt darauf ankommen, ob er einen Miterben hat, oder ob er zum alleinigen Erben eingeſetzt iſt. In jenem Falle cavirt er ſeinem Miterben [7]). Iſt er zum alleinigen Erben ernannt und es iſt ihm ein Subſtitut gegeben, ſo muß er dieſem Sicherheit leiſten. Wie aber, wenn es an einem Subſtituten fehlt? Man ſollte denken, dann ſei den Inteſtaterben Sicherheit zu leiſten — aber dieſe ſind ja ungewiß; und deshalb ſcheint zur Zeit der claſſiſchen Juriſten hier die Caution für unſtatthaft gehalten zu ſein [8]). Juſtinian indeſſen ſagt in der Nov. 22. c. 44. §. 9., wo er insbeſondere von der Bedingung der Viduität ſpricht, ausdrücklich, daß derjenige, welcher unter dieſer Bedingung zum alleinigen Erben ohne Subſtituten ernannt ſei, den Inteſtaterben Sicherheit zu leiſten habe; Juſtinian alſo betrachtet die Ungewißheit der Inteſtaterben nicht als Hinderniß der Sicherheitsleiſtung. Ohne Zweifel denkt er ſich die Sache ſo, daß die Sicherheit irgend Jemanden geleiſtet werde, der als Repräſentant der dereinſtigen Inteſtaterben angeſehen werden könne; auf eine ähnliche Weiſe, wie dies geſchieht bei der Arrogation eines Unmündigen.

6) L. 18. D. d. condit. et demonstr.

7) L. 4. §. 1. D. d. condit. inst. XXVIII, 7. L. 7. §. 1. D. d. condit. et demonstr.

8) S. die Stellen der vor. Note.

Derjenige aber, der mit einem Vermächtniß honorirt iſt, cavirt demjenigen, auf deſſen Koſten er das Vermächtniß erhält; und dies iſt denn in der Regel der Erbe [9]).

Zweitens: Der Inhalt der Sicherheitsleiſtung iſt dieſer: Der Honorirte macht ſich anheiſchig, im Fall der nicht erfüllten Bedingung, nicht nur das Empfangene ſelbſt zu reſtituiren, ſondern auch die davon inzwiſchen gezogenen Früchte, oder, wo der Empfang in einer Summe Geldes beſtand, Zinſen [10]).

Drittens fragt es ſich nun nach der Art und Weiſe der zu leiſtenden Sicherheit. In den Pandekten wird unſere Cautio gelegentlich Muciana satisdatio genannt [11]). Hieraus aber ergibt ſich, daß die Sicherheit durch Bürgen zu leiſten iſt. In Beziehung auf die Bedingung der Viduität hat indeſſen Juſtinian Folgendes verordnet [12]): der unter dieſer Bedingung Honorirte ſoll eidliche Sicherheit leiſten, und außerdem ſoll derjenige, an welchen, im Fall der nicht erfüllten Bedingung, das Empfangene herauszugeben iſt, an dem geſammten Vermögen des Honorirten eine ſtillſchweigende Hypothek haben. (S. §. 338. VII.) Bürgen ſollen nur dann nöthig ſein, wenn der Honorirte unbemittelt iſt.

II. Von der Bonorum possessio secundum tabulas.

Dieſes Mittel ſchreibt ſich aus dem Edicte her, während die Muciana cautio dem Civilrecht angehört.

Ferner: die Muciana cautio iſt anwendbar nicht bloß bei der Erbeseinſetzung, ſondern auch bei Vermächtniſſen, für welche ſie ſogar zunächſt gerade berechnet geweſen zu ſein ſcheint. Dagegen iſt die Bonorum possessio secundum tabulas etwas, deſſen nur der Erbe ſich bedienen kann.

Endlich: die Muciana cautio ſetzt eine ganz beſondere Art von Bedingungen voraus; nicht ſo die Bonorum possessio secundum tabulas. Nämlich dem unter einer Bedingung inſtituirten Erben muß, die Bedingung ſei, welche ſie wolle, gar

9) L. 67. cit. L. 73. D. d. condit. et demonstr.

10) L. 76. §. 7. D. d. legat. II. L. 79. §. 2. D. d. condit. et demonstr. Nov. 22. c. 44. §. §. 2. 4.

11) So in cit. L. 106. D. d. condit et demonstr. (S. ob. Note 2.)

12) Nov. 22. c. 44. §. §. 2. 3. 5.

ſehr daran liegen, daß nicht etwa, bei verzögerter Erfüllung derſelben, die Erbſchaftsmaſſe, wegen Mangels an Aufſicht und Fürſorge, eine Verminderung erfahre. Dazu kommt, daß auch die Creditoren des Verſtorbenen ein Intereſſe daran haben, die Maſſe ſobald als möglich in den Händen des Erben zu ſehen. Und daher bietet denn nun der Prätor dem sub conditione inſtituirten Erben, ohne alle Rückſicht auf den Inhalt der Bedingung, ſchon pendente conditione Bonorum possessio secundum tabulas an. Dieſe Bonorum possessio iſt jedoch nur eine interimiſtiſche; denn derjenige, welcher ſie erhält, hat wegen dereinſtiger Herausgabe der Erbſchaft, im Fall der nicht erfüllten Bedingung, Sicherheit zu leiſten. Aber er ſieht ſich doch einſtweilen in den Stand geſetzt, die Maſſe zu adminiſtriren, und die Creditoren daraus zu befriedigen [13]).

§. 821.

C. Von Zweckbeſtimmungen.

DIG. XXXV, 1. De conditionibus etc. et modis eorum, quae in testamento scribuntur. — **COD. VI, 45.** De his, quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur.

Es kann Jemand, indem er einen Andern in ſeinem letzten Willen bedenkt, erklären, es geſchehe dies, damit der Andere dies oder jenes thue, dies oder jenes unterlaſſe; dann ſagt man, es ſei dem Honorirten etwas mit einer Zweckbeſtimmung, es ſei ihm etwas sub modo hinterlaſſen.

13) L. 6. L. 10. D. d. B. P. s. t. XXXVII, 11. L. 12. D. qui satisdare cogantur. II, 8. L. 23. pr. D. d. hered. inst. XXVIII, 5. Dieſe Stelle bedarf einiger näherer Erläuterung. Die Worte ſind folgende: »Si quis instituatur heres in diem certum vel incertum, is bonorum possessionem agnoscere potest, et tanquam heres distrahere hereditatem.« Die beiden Fälle, welche hier geſetzt worden, kommen nur darin überein, daß in beiden Bonorum possessio secundum tabulas agnoſcirt werden kann, ſonſt aber ſind ſie ſehr verſchieden. In dem erſten Falle iſt der dies pro non scripto, und der inſtituirte Erbe kann daher, wenn er will, die Erbſchaft ſofort auch jure civili antreten; er bedarf der Bonorum possessio nicht. Anders in dem letzten Falle: der dies incertus iſt hier pro conditione; die Erbſchaft iſt daher noch gar nicht deferirt, und kann alſo auch jure civili noch nicht erworben werden. Ferner iſt in dem erſten Falle die Bonorum possessio keine bloß interimiſtiſche — wohl in dem letzten. Und von dieſem letzten Falle allein iſt gegenwärtig die Rede.

Die Abſicht des Teſtators bei einer Anordnung dieſer Art iſt keineswegs, die Erwerbung des dem Honorirten zugedachten Rechts ungewiß zu machen, wie bei einer Suspenſivbedingung, oder die Wirkſamkeit des Rechts zu verzögern, wie bei einem Anfangstermine, ſondern der Honorirte ſoll nur, nachdem er zu dem Genuſſe des ihm zugedachten Rechts gelangt iſt, gehalten ſein, irgend etwas zu thun oder zu unterlaſſen.

Nun aber fragt es ſich:

A. Iſt derjenige, welchem etwas sub modo hinterlaſſen iſt, zur Erfüllung des Modus verbunden?

B. Welche Mittel gibt es, denjenigen, dem der Modus vorgeſchrieben iſt, zur Erfüllung deſſelben anzuhalten?

A. Was die erſte Frage betrifft, ſo iſt die Antwort dieſe:

In der Regel muß der Modus allerdings erfüllt werden; ausgenommen:

1. wenn irgend ein unverſchuldetes factiſches Hinderniß die Erfüllung unmöglich macht [1]).

2. wenn der Modus in etwas Unerlaubtem oder auch nur geſetzlich Gemißbilligtem beſteht [2]).

3. wenn der Modus ſich lediglich und allein auf den Vortheil des Honorirten ſelbſt bezieht [3]).

B. In Betreff der zweiten Frage iſt Folgendes zu bemerken:

1. Bezieht der Modus ſich auf den Vortheil eines Dritten, ſo gilt die Anordnung deſſelben gleich einem Vermächtniß, und es ſtehen daher jenem Dritten auch die bei Vermächtniſſen Statt findenden Rechtsmittel zu Gebote [4]).

2. Außer dem eben bezeichneten Falle wird es folgender Maßen gehalten: Iſt Jemanden auf Koſten des Erben sub modo ein Legat hinterlaſſen, ſo kann der Erbe auf Erfüllung des Modus dringen: er kann vor Verabfolgung des legirten Gegenſtandes, wegen Erfüllung des Modus von dem Legatar Caution fordern; und entzieht der Legatar ſich der verlangten

1) L. 88. §. 3. D. d. legat. II. L. 1. C. h. t. (S. oben §. 105. die Noten 5. u. 6.)

2) L. 37. L. 71. §. 2. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1.

3) cit. L 71. pr. D. eod. (S. oben §. 105. Note 9.)

4) L. 2. C. h. t.

Sicherheitsleiſtung, ſo wird ihm die Klage verweigert, deren er ſich ſonſt gegen den Erben bedienen könnte, um ſeine Anſprüche an das Legat geltend zu machen [5]). Oder, befindet ſich der Legatar bereits in dem Beſitze des legirten Gegenſtandes, ohne Sicherheit geleiſtet zu haben, ſo kann, wenn der Legatar den vorgeſchriebenen Modus nicht erfüllt, der Erbe Zurückgabe des legirten Gegenſtandes verlangen [6]). Ob der Erbe an der Erfüllung des Modus ein eignes Intereſſe hat oder nicht, darauf kommt es nicht an [7]). Der Erbe vertritt das Intereſſe des Verſtorbenen.

Wir haben uns bisher den Erben als den Belaſteten gedacht; — dieſelben Grundſätze müſſen indeſſen auch da Anwendung finden, wo der mit dem Vermächtniſſe Belaſtete ein Anderer iſt.

Nun aber iſt ferner zu erwägen, daß Jemand sub modo zum Erben eingeſetzt ſein kann. Hat er alsdann Miterben, ſo können dieſe ihn mittelſt der Familiae herciscundae actio anhalten, den Modus zu erfüllen. Sind keine Miterben vorhanden, ſo iſt der Richter ermächtigt, ex officio einzuſchreiten [8]).

E. Von der Vollziehung eines letzten Willens. (§. §. 822 — 827.)

§. 822.

A. Ueber die Mittel, ſich von dem Inhalte eines vorhandenen letzten Willens Kenntniß zu verſchaffen; insbeſondere von der Eröffnung einer ſchriftlich abgefaßten letzten Willenserklärung, und dem Rechte auf Edition derſelben.

DIG. XXIX, 5. De SCto Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur. — COD. VI, 35. De his, quibus ut indignis hereditates auferuntur, et ad SCtum Silanianum.

5) L. 19. D. d. legat. III. L. 40. §. 5. L. 80. D. d. condit. et demonstr.

6) L. 21. §. 3. D. d. annuis legat. XXXIII, 1. L. 17. D. d. usu et usufruct. per legat. dat. XXXIII, 2.

7) cit. L. 19. D. d. legat. III.

8) L. 7. D. d. annuis legat. XXXIII, 1. (S. oben §. 105. Note 5.)

† DIG. XXIX, 3. Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur. — † COD. VI, 32. Quemadmodum testamenta aperiantur, inspiciantur et describantur.

DIG. XLIII, 5. COD. VIII, 7. De tabulis exhibendis.

So lange der Teſtator noch am Leben iſt, hat Niemand ein Recht, nach dem Inhalte ſeines letzten Willens zu fragen. Iſt aber der Teſtator geſtorben, ſo kann Jeder, der ein Intereſſe daran hat, den Inhalt des letzten Willens kennen zu lernen, Anſpruch darauf machen, dazu in den Stand geſetzt zu werden.

Bei einem mündlich erklärten letzten Willen iſt der regelmäßige Weg, um zur Kenntniß ſeines Inhalts zu gelangen, der, daß man die Zeugen, welche bei Errichtung deſſelben gegenwärtig waren, abhören läßt. Iſt dagegen der letzte Wille ſchriftlich erklärt, ſo bedarf es der Eröffnung und Einſicht der denſelben enthaltenden Urkunde. Dieſer Gegenſtand ſoll jetzt noch näher erörtert werden. Und zwar in der Art:

Zuerſt ſoll von der Eröffnung der den letzten Willen enthaltenden Urkunde gehandelt werden. Sodann aber zweitens von der Befugniß, Vorlegung der Urkunde zu fordern.

I. Eröffnung der Teſtamente.

Hier iſt wieder zunächſt auf die Zeit, dann auf die Art und Weiſe der Eröffnung Rückſicht zu nehmen.

So viel nun die Zeit betrifft, ſo forderte das vorjuſtinianiſche Recht, ſobald der Teſtator mit Tode abgegangen war, der Regel nach, ſchleunige Eröffnung des Teſtaments. Es war geſetzlich eine Friſt von wenigen Tagen vorgeſchrieben, innerhalb deren das Teſtament eröffnet werden mußte [1]). Der Grund lag in dem Intereſſe des Aerarium, die von Erbſchaften und Vermächtniſſen zu entrichtende Abgabe ſo ſchnell als möglich zu erheben. Dieſe Abgabe beruhete auf der Lex Julia de vicesima hereditatum v. J. d. St. 759., nach Chr. 6. Eine Ausnahme aber fand Statt, wenn etwa der Erblaſſer ge-

1) Paul. IV, 6. §. 3.

waltſamer Weiſe war getödtet worden. Alsdann durfte das Teſtament nicht eher geöffnet werden, als bis die Sclaven und Freigelaſſenen des Verſtorbenen zur peinlichen Unterſuchung gezogen, und die etwa ſchuldig unter ihnen waren, hingerichtet worden waren. Auf dieſen Rechtsſatz bezogen ſich theils mehre Senatusconſulte, unter denen das älteſte das SCtum Silanianum v. J. d. St. 763., nach Chr. 10. iſt, theils aber fanden ſich darüber eigenthümliche Beſtimmungen in dem Edicte des Prätors.

Im Juſtinianiſchen Rechte kommen jene zuerſt erwähnten geſetzlichen Beſtimmungen über die zu beſchleunigende Eröffnung der Teſtamente nicht mehr vor: die Abgaben, welche dazu Veranlaſſung gegeben hatten, beſtanden nicht mehr [2]). Dagegen iſt das SCtum Silanianum auch noch für das Juſtinianiſche Recht wichtig. Für uns indeſſen ſind auch die Beſtimmungen des SCti Silaniani unpraktiſch.

Ich komme nun zu der Art und Weiſe derſelben.

In unſern Quellen finden ſich darüber keine andere Vorſchriften, als die ſich auf Privatteſtamente beziehen. Die wichtigſten dieſer Beſtimmungen ſind folgende:

Die Teſtamentszeugen, inwieweit ſie noch am Leben ſind, müſſen vorgeladen werden, um im Gericht ihre Siegel und Unterſchriften zu recognoſciren: doch iſt es nicht durchaus nothwendig, daß alle erſcheinen, es genügt, wenn nur die Mehrzahl gegenwärtig iſt [3]).

Nach erfolgter Recognition der Siegel wird ſodann das Teſtament eröffnet und verleſen [4]). Wenn jedoch der Verſtorbene einen Theil des Teſtaments beſonders verſchloſſen und deſſen Eröffnung unterſagt hat, ſo bleibt dieſer Theil uneröffnet [5]). Die etwa vorhandenen Tabulae pupillares werden, der Regel nach, auch ohne ein ſolches ausdrückliches Verbot nicht eröffnet, ſo lange noch der Pupill am Leben iſt [6]).

2) L. ult. C. d. edicto D. Hadrian. toll. VI, 33.

3) L. 4. L. 5. L. 6. D. h. t. (XXIX, 3.)

4) cit. L. 6. D. h t.

5) L. 3. C. h. t. (VI, 32.)

6) L. 8. L. 9. D. h. t. enthalten die Regel und die Ausnahmen.

Außer dem ſchon Angeführten iſt nun noch erforderlich, daß über die ganze Verhandlung ein Protocoll aufgenommen werde [7].

Sind die Zeugen insgeſammt abweſend, und fordern dringende Urſachen die ſchleunige Eröffnung des Teſtaments: ſo kann das Teſtament vorläufig in Gegenwart anderer unbeſcholtener Männer eröffnet werden, wobei ſich von ſelbſt verſteht, daß die Siegel unverletzt bleiben müſſen. Nach genommener Einſicht des Teſtaments müſſen die zugezogenen Perſonen die Urkunde auf's neue verſiegeln; die Recognition der Urkunde durch die Teſtamentszeugen muß dann noch nachträglich veranſtaltet werden [8].

Dieſe auf die Eröffnung der Privatteſtamente ſich beziehenden Beſtimmungen finden analoger Weiſe auch auf *Codicille* Anwendung.

Wie nun aber bei *öffentlichen Teſtamenten*?

Vorſchriften in unſern Quellen fehlen. Es wird aber heutiges Tages ſo gehalten: Iſt das Teſtament *mündlich zu Protocoll erklärt*, ſo bedarf es nur der gewöhnlichen Verleſung des Protocolls. Iſt ein *ſchriftlicher verſiegelter Aufſatz übergeben*, ſo muß natürlich der gerichtlichen Verleſung die gerichtliche Entſiegelung voraufgehen. — Was von Teſtamenten, gilt auch hier von *Codicillen*.

Zum Schluß noch bemerke ich in Beziehung auf den Sprachgebrauch Folgendes:

Wir nennen die Eröffnung eines Teſtaments Publicatio. Nicht ſo die Römer. Dieſe bezeichnen, der Regel nach, mit dem Ausdrucke Publicatio die urſprüngliche Erklärung des letzten Willens zu Protocoll; bei ihnen bezieht ſich alſo der Ausdruck Publicatio auf die Errichtung eines letzten Willens [9].

II. Befugniß, Edition zu fordern.

Jeder, der ein Intereſſe daran hat, den Inhalt einer ſchriftlich abgefaßten letzten Willenserklärung zu kennen, darf verlan-

7) L. 23. C. d. testam. VI, 23.
8) L. 7. D. h. t. L. 2. C. eod.
9) Savigny, Geſch. des Röm. Rechts im Mittelalter. Bd. I. S. 27. Anm. g. (2te Aufl.)

gen, daß ihm verſtattet werde, die Urkunde einzuſehen und Abſchrift zu nehmen; nur muß er ſich auf Verlangen durch ein Jusjurandum de calumnia über ſein Intereſſe ausweiſen [10]).

Wenn nun derjenige, welcher angeblich die Urkunde in Händen haben ſoll, und von welchem eben deshalb gefordert wird, daß er ſie vorlege, dieſes einräumt, ſo wird er brevi manu zur Exhibition derſelben angehalten; nur daß ihm auf Verlangen eine billige Friſt geſtattet wird [11]). Stellt aber derjenige, von welchem Vorlegung der Urkunde gefordert wird, den Beſitz derſelben in Abrede, ſo findet gegen ihn eine eigenthümliche Klage Statt, das Interdictum de tabulis exhibendis [12]).

Dieſes Interdict kann mit Erfolg nicht bloß gegen den wirklichen Beſitzer der Urkunde angeſtellt werden, ſondern auch gegen denjenigen, qui dolo malo fecit, quo minus penes eum tabulae essent [13]).

Die Klage ſei übrigens auf die eine oder die andere Weiſe begründet, der Erfolg iſt der, daß der Beklagte, wenn er nicht exhibirt, das Intereſſe zu leiſten hat [14]).

Noch iſt in Anſehung der Dauer des Interdicts zu bemerken, daß es perpetuum iſt [15]).

§. 823.

B. Ueber den Beweis letztwilliger Anordnungen.

Denken wir uns: Es macht Jemand Anſprüche, wobei er ſich auf eine letztwillige Erklärung ſtützt. Das Vorhandenſein dieſer letztwilligen Erklärung aber wird von dem Gegner in Abrede geſtellt. Hier wird jener beweiſen müſſen. Aber wie?

Iſt die letztwillige Erklärung eine ſchriftliche, und die Urkunde noch vorhanden, ſo wird der Beweis durch Production derſelben geführt werden, entweder im Original oder in beglaubigter Abſchrift. Indeſſen, daß die Urkunde die behaup-

10) L. 1. pr. D. h. t. L. 3. C. eod. Wegen einiger Reſtrictionen, denen dieſe Befugniß unterworfen iſt, verweiſe ich auf cit. L. 3. C. h. t. und L. 2. §. 6. D. eod.

11) L. 2. §. §. 7. 8. D. h. t.

12) cit. L. 2. §. 8. D. h. t.

13) L. 3. §. §. 2. 3. 6. D. d. tabb. exhib.

14) cit. L. 3. §. §. 11—15. D. eod.

15) cit. L. 3. §. 16. D. eod.

tete Erklärung enthält, wird noch nicht für hinreichend gelten können — es wird zugleich auf die *Aechtheit* der Urkunde ankommen: wird dieſe geläugnet, ſo muß auch ſie erwieſen werden.

Bei einem öffentlich errichteten letzten Willen wird die Aechtheit der Urkunde durch obrigkeitliche Beglaubigung dargethan. Bei einem privatim errichteten letzten Willen wird in der Regel zum Beweiſe der Aechtheit erfordert, daß die zugezogenen Zeugen ihre Siegel und Namensunterſchriften anerkennen. Iſt dies nun früher ſchon, bei Eröffnung des letzten Willens, geſchehen, ſo wird es hinreichen, das bei dieſer Gelegenheit aufgenommene Protocoll zu produciren; außerdem muß noch jetzt die Anerkennung der Siegel und Namensunterſchriften nachgeholt werden.

Sind nicht alle Zeugen mehr am Leben, ſo genügt es, was die Namensunterſchriften und die Siegel der Verſtorbenen anbetrifft, wenn dieſe von den noch Lebenden recognoſcirt werden. Inwiefern jedoch die Lebenden dies mit Sicherheit zu thun nicht vermögen; inſofern muß man ſich nach andern Beweismitteln umſehen; zu dieſen gehört denn namentlich die Vergleichung der Handſchriften.

Uebrigens iſt nun auch das möglich, daß die Siegel und Namensunterſchriften von den Teſtamentszeugen überall gar nicht anerkannt werden können — indem alle bereits verſtorben ſind. Da werden dann eben auch anderweitige Beweismittel angewandt werden müſſen 1).

Wie aber, wenn die Urkunde *nicht mehr vorhanden* iſt?

Es kann ſein, bei dem Tode des Erblaſſers war ſie noch vorhanden; ſie iſt erſt ſpäter verloren gegangen. Denken wir uns nun, die Aechtheit der Urkunde iſt, noch ehe dieſelbe verloren ging, conſtatirt, und es läßt ſich auch durch eine früher genommene beglaubigte Abſchrift, oder durch die Ausſagen derer, welche die Urkunde haben vorleſen hören, der Inhalt darthun, dann iſt die Beweisführung leicht; dagegen wird ſie in eben

1) Glück, VII. S. 503. Hofacker, Principia jur. civ. §. 1683.

dem Maße ſchwierig ſein, in welchem es an den bezeichneten Vorausſetzungen fehlt. Abſolut unmöglich wird die Beweisführung aber auch dann nicht einmal ſein, wenn die Urkunde ſchon bei des Erblaſſers Leben abhanden gekommen iſt, wenn gleich die Schwierigkeit hier noch größer ſein wird, darzuthun, was die verloren gegangene Urkunde enthielt, und daß ſie ächt war. Indeſſen bei aller Schwierigkeit läßt ſich doch nicht behaupten, daß unter dieſen Umſtänden die Beweisführung abſolut unmöglich ſei. Und daher iſt denn der Umſtand allein, daß die Urkunde ſchon bei des Erblaſſers Tode nicht mehr vorhanden iſt, kein Hinderniß, Anſprüche, welche auf den Inhalt derſelben gegründet werden, geltend zu machen [2]). Für die **Bonorum possessio secundum tabulas** wird allerdings gefordert, daß die teſtamentariſche Urkunde wenigſtens zur Todeszeit des Teſtators noch vorhanden geweſen ſei [3]). Aber mit Recht bemerkt Schweppe [4]), daß dies als eine Eigenthümlichkeit anzuſehen ſei der prätoriſchen Erbfolge.

Iſt die letztwillige Erklärung eine mündliche, ſo kann in der Regel hier der Beweis ſowohl der Errichtung des letzten Willens, als des Inhalts deſſelben durch die Ausſagen der zugezogenen Zeugen geführt werden. Einige Neuere halten die Vernehmung ſämmtlicher Teſtamentszeugen für ſo nothwendig, daß ſie dem Teſtament alle Wirkung abſprechen, wenn zur Zeit der Vernehmung auch nur Einer der Zeugen nicht mehr am Leben iſt [5]). Andere dagegen achten ſchon die übereinſtimmende Ausſage von zwei Zeugen für genügend, ſobald nur keiner der übrigen widerſpricht [6]). Die richtige Anſicht iſt ohne Zweifel die: Die noch lebenden Zeugen, ſoweit man ihrer habhaft werden kann, müſſen alle vernommen werden; es genügt indeſſen,

2) L. 1. §. 3. D. d. his, quae in testam. delentur etc. XXVIII, 4. L. 10. §. 2. D. testam. quemadm. aperiantur etc. XXIX, 3.

3) L. un. D. si tabulae testamenti exstabunt. XXXVII, 2. L. 1. §. 3. D. d. B. P. sec. tab. XXXVII, 11.

4) Röm. Privatr. §. 804.

5) Glück, VIII. S. 504. folg. insbeſondere aber XXXV. S. 12. 13.

6) So ganz allgemein, alſo auch für den Fall, daß alle ſieben Zeugen noch am Leben und zu haben ſind, äußern ſich Leyser, Spec. 355. med. 4. Hellfeld, Jurisprud. for. §. 1417, womit zu vergleichen §. 1413.

wenn auch nur zwei vernommen werden können, und dieſe in ihren Ausſagen übereinſtimmen [7]).

Indeſſen es kann gelegentlich bei einem mündlich errichteten letzten Willen der Beweis des Inhalts auch durch eine Urkunde geführt werden — wenn nämlich der Inhalt auf eine glaubwürdige Weiſe zu Papiere gebracht iſt [8]).

Beſondere Erwähnung verdient zuletzt noch der Fall, da Jemand behauptet, der Verſtorbene habe zu ſeinen Gunſten dem Erben oder wer es ſonſt ſein mag ein Vermächtniß in der Art auferlegt, daß er ſich darüber gegen den Belaſteten unmittelbar mündlich geäußert habe. Für dieſen Fall hat Juſtinian ausdrücklich verordnet, daß, wenn der angeblich Belaſtete läugnet, der Beweis durch Eideszuſchiebung ſoll geführt werden dürfen [9]). Das Nähere hierüber in der Lehre von den Vermächtniſſen, §. 1001.

C. Von der Interpretation eines letzten Willens.

(§. §. 824 — 826.)

† DIG. XXXIV, 5. De rebus dubiis. — COD. VI, 38. De verborum et rerum significatione.

§. 824.

a. Allgemeine Grundſätze.

Es kann ſein, daß der Verſtorbene ſelbſt zu erkennen gegeben hat, wie er irgend eine, an ſich dunkle, in ſeinem letzten Willen enthaltene Aeußerung verſtanden wiſſen wolle; und dann hat man ſich an dieſe, ſeine eigene Interpretation zu halten. Eine ſolche Erläuterung, welche der Teſtator ſelber gibt, bedarf zu ihrer Gültigkeit durchaus keiner beſtimmten Form, keiner Art von Feierlichkeit. Es iſt in dieſer Beziehung ein großer Unterſchied zwiſchen der letztwilligen Verleibung irgend eines Rechts, und der bloßen Erklärung darüber, wie man es eigentlich mit jener Verleihung gemeint habe [1]).

7) Dies ſcheint Stryk's Meinung, De cautelis testam. c. 15. §. 43.

8) S. Hofacker l. c. §. 1683.

9) L. ult. C. d. fideicommiss. VI, 42.

1) L. 21. §. 1. D. qui testam. fac. poss. XXVIII, 1.

Wo es nun aber an einer ſolchen eignen Erklärung des Teſtators fehlt, da muß im Fall eines Streites die richterliche Interpretation eintreten. In Beziehung auf dieſe finden wir in unſern Quellen gewiſſe allgemeine Vorſchriften; es fehlt aber auch nicht an ſpeciellen dieſen Gegenſtand betreffenden Beſtimmungen.

Hier bleiben wir bei jenen allgemeinen Vorſchriften ſtehen.

Wo die Worte klar und deutlich ſind, da macht ſich die Interpretation von ſelbſt; und es müſſen ganz beſondere Gründe eintreten, wenn in einem ſolchen Falle die Frage als zuläſſig erſcheinen ſoll, ob die vorhandenen Worte dem Willen des Teſtators in der That gemäß ſind [2].

Wo nun aber die Worte dunkel ſind, da iſt die erſte und wichtigſte Regel dieſe: Man muß den wahrſcheinlichen Willen des Verſtorbenen auszumitteln ſuchen, und dieſem gemäß die Worte auslegen [3].

Der Mittel aber, um herauszubringen, was eigentlich der Teſtator gewollt habe, gibt es mancherlei. Oftmals wird die eigenthümliche Gewohnheit des Teſtators, oder der beſondere Gebrauch der Gegend, in welcher er lebte, darüber Aufſchluß geben, wie dieſes oder jenes gemeint ſei [4]. Oder es dienen dazu andere Stellen verwandten Inhalts, die in dem letzten Willen des Verſtorbenen ſich vorfinden [5]. Auch auf das Vermögen des Teſtators wird gelegentlich Rückſicht zu nehmen ſein, desgleichen auf ſein beſonders perſönliches Verhältniß zu dem Honorirten, und auf die Lage, in welcher dieſer ſich befindet [6].

Inwieweit es nun aber an beſonderen Gründen fehlt, dem Teſtator dieſe oder jene eigenthümliche Abſicht zuzuſchreiben, in-

2) Mit dieſer Modification iſt die Regel zn verſtehen, welche Paulus gibt in der L. 25. §. 1. D. d. legat. III. »Cum de verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.« Vergl. L. 69. D. eod. (Marcellus.) »Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem.« (Vgl. §. 109. Note 4.)

3) L. 24. (25.) D. h. t. (XXXIV, 5.) (S. ob. §. 109. Note 3.) L. 33. §. 1. L. 101. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1.

4) L. 75. D. d. legat. III. L. 14. D. d. annuis legat. XXXIII, 1. L. 18. §. 3. D. d. instructo vel instrum. legat. XXXIII, 7.

5) cit. L. 75. D. d. legat. III.

6) L. 50. §. ult. D. d. legat. I.

ſoweit hält man ſich an die, auch bei der Interpretation anderer Willensäußerungen geltende Regel, derjenigen Auslegung den Vorzug zu geben, welche der eigenthümlichen Natur des zu beſtimmenden Verhältniſſes am angemeſſenſten iſt [7]). Hiermit hängt denn zuſammen, daß man eine letztwillige Erklärung im Zweifel ſo auslegt, daß ſie zu Recht beſtehen könne [8]).

Beſondere Erwähnung verdient noch der Satz der L. 12. D. d. R. J.: »In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur.« Dieſe Regel ſcheint insbeſondere darauf hinzuweiſen, daß man im Zweifel derjenigen Auslegung den Vorzug geben ſolle, welche für den Honorirten die vortheilhafteſte iſt [9]).

Uebrigens liegt es in der Natur der Sache: wo die Interpretation durchaus zu keinem Reſultate führt, wo alſo die Zweideutigkeit einer letztwilligen Anordnung ſich gar nicht heben läßt, da bleibt die ganze Anordnung ohne Erfolg [10]).

b. Specielle Vorſchriften.

§. 825.

a. In Beziehung auf das gegenſeitige Verhältniß verſchiedener letztwilliger Dispoſitionen.

Zuerſt verdient hier erwogen zu werden der Fall, da verſchiedene letztwillige Verfügungen vorhanden ſind, durch deren

7) L. 67. D. d. R. J. (S. ob. §. 22. Note 3.) Ein Beiſpiel hiezu ſ. L. 10. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

8) cit. L. 24. (25.) D. h. t. L. 56. D. d. R. J. »Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.« Vgl. L. 192. §. 1. D. eod. Hierauf beruhen manche ſchon vorgekommene Sätze, z. B. der, daß unerfüllbare Bedingungen als nicht vorgeſchrieben zu behandeln ſind. Ein Beiſpiel der Anwendung findet ſich in L. 34. §. 1. D. d. legat. II. (Vergl. §. 109. Note 7.)

9) Beiſpiele enthalten L. 12. §. 2. D. d. usu et habit. VII, 8. L. 41. §. 5. D. d. legat. III. L. 120. §. 1. D. d. V. S.

10) L. 73. §. 3. D. d. R. J. »Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent.« L. 2. D. d. his, quae pro non script. XXXIV, 8. » . . . . reliqua autem per se ipsa valent.« Beiſpiele der Anwendung enthalten L. 62. §. 1. D. d. hered. inst. XXVIII, 5. L. 3. §. 7. D. d. adim. v. transfer. legat. XXXIV, 4. L. 10. (11.) pr. D. h. t., worüber zu vergleichen Zeitſchrift für geſchichtl. Rechtswiſſenſch. Bd. I. S. 96—123.

eine etwas angeordnet wird, während durch die andere das Angeordnete zurückgenommen wird.

Im Allgemeinen gilt hier die Regel, daß die ſpätere Dispoſition die entſcheidende iſt. Namentlich auch da, wo etwa früher Jemanden ein Recht unter einer Bedingung verliehen, und dann ſpäterhin dieſe Bedingung zurückgenommen iſt. Die Dispoſition gilt nun, in Gemäßheit der ſpäteren Erklärung, als eine unbedingte [1]).

Ganz beſondere Berückſichtigung verdient nun aber der Umſtand, daß die Zurücknahme einer Verfügung, wodurch Jemanden ein Recht verliehen worden iſt, eben ſowohl eine bedingte ſein kann, als eine unbedingte. In jenem Falle iſt der Erfolg der: Das verliehene Recht wird ſo angeſehen, als wäre es verliehen unter der entgegengeſetzten Bedingung. Es gilt dies, der Regel nach, bei der Erbeseinſetzung [2]). Z. B. „Titius ſoll mein Erbe ſein; Falls Titius mir kein Denkmal errichtet, ſoll er nicht Erbe ſein.“ Dies iſt ſo gut, wie wenn der Teſtator gleich von Haus aus ſo disponirt hätte: „Titius ſoll mein Erbe ſein, Falls er mir ein Denkmal errichtet.“ Eben ſo auch bei Vermächtniſſen [3]).

Fragen wir aber nach dem Grunde der Regel, ſo iſt der allgemeine Grund dieſer: Die Wahrſcheinlichkeit ſpricht dafür, es ſei bei einer bedingten Zurücknahme die Abſicht des Teſtators eben die geweſen, die Entſtehung des fraglichen Rechts von der entgegengeſetzten Bedingung abhängig zu machen. Aber außer dieſem allgemeinen Grunde kommt in vielen Fällen auch noch der beſondere Grund in Betracht: Wollte man der bedingten Zurücknahme eine andere Deutung geben, ſo könnte dieſe nur folgende ſein: Es ſoll der, welchem das Recht verliehen wird, dieſes zwar ſofort erhalten, aber er ſoll es, wenn die Bedingung der Zurücknahme eintritt, verlieren. Dadurch wird aber die Verleihung des Rechts zu einer Verleihung ad conditionem werden,

1) L. 3. §. 9. D. d. adim. v. transfer. legat. etc. XXXIV, 4.

2) L. 44. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

3) L. 10. pr. L. 14. pr. D. d. adim. v. transfer. legat. etc. L. 107. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1. L. 6. pr. D. quando dies legator. etc. XXXVI, 2.

und dieſe iſt ja, wie wir geſehen haben, wenn ſchon nicht überall, ſo doch bei vielen Rechten unzuläſſig.

Zweitens iſt hier der Fall zu berückſichtigen, da *ein und daſſelbe Recht* Jemanden *wiederholt verliehen* iſt, aber *immer auf andere Weiſe*:

Es kann hier der Fall ſein, daß ein Recht Jemanden ein Mal **pure**, ein anderes Mal **sub conditione** gegeben iſt — oder auch, daß Jemanden daſſelbe Recht *mehrmals bedingt*, *aber immer auf andere Weiſe* verliehen iſt, ohne alle nähere Erklärung.

Bei der *Erbeseinſetzung* hält man ſich jederzeit an die Diſpoſition, welche vorzugsweiſe zu berückſichtigen für den Honorirten am vortheilhafteſten iſt [4]. Denken wir uns hier nun zunächſt, es iſt Einer an zwei verſchiedenen Stellen des Teſtaments zum Erben ernannt, ein Mal **sub conditione**, das andere Mal **pure** — in dieſem Falle hält man ſich an die **pura institutio**, gleich viel, ob ſie vorangeht, oder nachfolgt, vorausgeſetzt nur, daß das Object beider Inſtitutionen daſſelbe iſt [5]. — Iſt aber Jemand wiederholt **sub conditione** zum Erben ernannt, jedoch immer unter einer andern Bedingung, ſo hält man ſich an diejenige Inſtitution, deren Bedingung zuerſt in Erfüllung geht; die übrigen werden nicht berückſichtigt; es iſt alſo genug, wenn nur Eine der mehren Bedingungen erfüllt wird [6].

Anders bei *Vermächtniſſen*: Hier geht jederzeit die ſpätere Diſpoſition der früheren vor [7].

Dieſelbe Regel, welche bei Vermächtniſſen gilt, findet Anwendung auch auf die teſtamentariſche Ernennung eines Tutors [8].

4) Der gleiche Grundſatz galt für die teſtamentariſche Manumiſſion. L. 35. L. 51. pr. D. d. condit. et demonstr.

5) L. 27. pr. et §. 1. L. 67. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

6) L. 27. §. 2. D. eod. L. 17. D. d. condit. inst. XXVIII, 7.

7) L. 12. §. 3. D. d. legat. I. cit. L. 51. pr. L. 87. L. 89. L. 90. D. d. condit. et demonstr. L. 19. C. d. fideicommiss. VI, 42.

8) L. 8. §. 3. L. 10. §. 1. D. d. testam. tut. XXVI, 2.

§. 826.

β. In anderer Beziehung.

Aus dem großen Reichthume an ſolchen ſpeciellen Interpretationen will ich hier nur Einiges ausheben.

1. Es finden ſich in dem Codex ein paar Juſtinianiſche Conſtitutionen, denen zu Folge bei gewiſſen Dispoſitionen der Ausdruck „oder" ſo genommen werden ſoll, als ob der Teſtator ſich des Ausdrucks „und" bedient hätte.

a. Dahin gehört zuerſt L. 4. C. d. verbor. et rer. signiſicat. VI, 38.: Wenn der Teſtator bei einer und derſelben Dispoſition, ohne nähere Beſtimmung, mehre Honorirte bezeichnet, die Namen derſelben aber durch die Partikel oder getrennt hat, ſo ſoll das ſo ausgelegt werden, wie wenn er jenen Namen mittelſt der Partikel und verbunden hätte. Z. B. „Gajus oder Titius ſoll mein Erbe ſein."

b. Ferner gehört hieher L. 6. C. d. inst. et subst. VI, 25. Wenn der Teſtator Jemanden mit der Herausgabe der Erbſchaft oder mit der Herausgabe eines Vermögens unter der Bedingung belaſtet hat: „Falls er ſtirbt ohne Teſtament, oder ohne Kinder, oder unverheirathet", ſo ſoll der Belaſtete nur dann zur Herausgabe verpflichtet ſein, wenn alle dieſe Thatſachen concurriren; alſo auch hier ſoll das oder für und genommen werden.

2. Nicht ſelten fehlt es bei letztwilligen Dispoſitionen an einer hinreichend beſtimmten und angemeſſenen Bezeichnung des Objects. Dieſer Fall kann vorkommen bei der Erbſchaft in Bezug auf die Größe der Erbportion. Darüber gibt es beſondere geſetzliche Beſtimmungen, wovon im §. 837. die Rede ſein wird. Der Fall aber kann vorkommen auch bei Vermächtniſſen; es kann über die Qualität, es kann über die Quantität des Objects Zweifel entſtehen. Hier finden wir nun in unſern Quellen eine Menge einzelner Interpretationen, die ſich eben ihrer Menge wegen nicht anführen laſſen. Nur das Eine, weil es von allgemeiner Beziehung iſt, will ich hier herausheben: Angenommen, der Zweck eines Vermächtniſſes geht dahin, dem Legatar einen individuell beſtimmten

Gegenſtand zu vermachen, das Legat iſt alſo auf eine Species gerichtet — aber der Teſtator hat ſich ſo unbeſtimmt geäußert, daß es zweifelhaft iſt, welchen unter mehren vorhandenen Gegenſtänden er eigentlich gemeint habe; dann wird die Sache ſo angeſehen, wie wenn dem, mit dem Legate *Belaſteten* die Wahl gegeben wäre [1]).

3. Gelegentlich kann es vorkommen, daß eine letztwillige Diſpoſition an und für ſich keineswegs zweideutig iſt, ſondern daß der Zweifel nur dadurch herbeigeführt wird, daß *in der Folge Verhältniſſe eintreten, welche der Verſtorbene nicht im Voraus berückſichtigt hatte.*

Ein beſonders intereſſanter Fall dieſer Art, welcher in mehren Pandektenſtellen vorkommt [2]), iſt folgender: Der Teſtator hat geſagt: „*Welcher von meinen beiden Brüdern die Titia heirathet, der ſoll zu 3/4, der andere ſoll zu 1/4 Erbe ſein.*“ Beide Brüder ſind demnach, was ja nicht überſehen werden darf, an und für ſich pure inſtituirt. Ob ſie überhaupt Erben ſein ſollen oder nicht, das hängt von der Heirath durchaus nicht ab; ſondern nur die Größe der Erbportion, nur der Umſtand, daß einer von beiden 3/4 erhalte, das iſt durch die Heirath mit der *Titia* bedingt. Fragen wir nun aber, welchen Erfolg wird die Diſpoſition des Teſtators haben; ſo zeigt es ſich, daß dieſer nach Verſchiedenheit der Umſtände ſehr verſchieden ausfallen kann. Es iſt möglich, daß Einer der beiden Brüder die *Titia* wirklich heirathet, und dann kann es keinem Zweifel unterworfen ſein, daß er 3/4 der Erbſchaft davon trägt. Wie aber, wenn keiner von beiden die *Titia* heirathet? Nehmen wir an, der eine iſt ſelbſt Schuld daran, daß die *Titia* ſeine Frau nicht wird, während der Andere ſich um die *Titia* bewirbt, von ihr aber ausgeſchlagen wird. Alsdann werden wir in Hinſicht dieſes Letztern die Bedingung, obſchon ſie nicht in Erfüllung geht, dennoch für erfüllt zu achten haben, nach der Regel, daß gemiſchte Bedingungen für erfüllt zu hal-

1) L. 32. §. 1. L. 37. §. 1. D. d. legat. I.

2) So in L. 9. §. 10. D. d. hered. instit. XXVIII, 5. L. 23. L. 24. D. d. condit. inst. XXVIII, 7. L. 2. §. 6. D. d. B. P. s. t. XXXVII, 11.

ten ſind, »eum per eum stat, in cujus personam collata est conditio, quo minus ea conditio impleatur.« (S. §. 819.) Nun aber kann es auch ſein, daß die Bedingung in Hinſicht beider Brüder für erfüllt zu achten iſt, indem beide ſich vergebens um die Titia bewarben, oder es kann auch in Hinſicht beider die Bedingung ausfallen, indem keiner ſich um die Titia bewirbt, oder indem durch den Tod der Titia die Verheirathung mit ihr für beide unmöglich wurde? Daß da, wo die Bedingung in Hinſicht beider Brüder für erfüllt gilt, jeder 3/4 der Erbſchaft erhalte, iſt factiſch unmöglich. Eben ſo unzuläſſig iſt es nun aber in Gemäßheit geſetzlicher Beſtimmungen, daß da, wo die Bedingung in Anſehung beider Brüder ausfällt, jeder nur 1/4 erhalte; dann bliebe ja die Hälfte der Erbſchaft übrig, und das darf nicht ſein. Daher iſt denn der Erfolg in beiden Fällen der, daß die Erbſchaft unter beiden Brüdern gleichmäßig vertheilt wird, daß jeder von ihnen die Hälfte der Erbſchaft davon trägt. Und dieſe Art der Vertheilung iſt denn auch unter der angegebenen Vorausſetzung ohne Zweifel dem Sinne des Teſtators vollkommen gemäß, der eine Ungleichheit der Vertheilung nur für den Fall beabſichtigte, daß der eine Bruder ſich in einer andern Lage befände, als der andere.

Ein anderer intereſſanter Fall kommt vor in der L. 13. pr. de liber. et postum. XXVIII, 2.: Jemand teſtirt zu einer Zeit, wo er noch keine Kinder hat; er denkt ſich jedoch die Möglichkeit, daß ihm ein Kind geboren werden könnte, und dieſe Erwartung veranlaßt ihn folgender Maßen zu disponiren: »Si filius mihi natus fuerit, ex besse heres esto; ex reliqua parte uxor heres esto; si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto, ex reliqua parte uxor heres esto.« Wird nun wirklich dem Teſtator nur ein Sohn, oder nur eine Tochter geboren, ſo iſt Alles für ſich klar. Wie aber, wenn ihm zwei Kinder geboren werden, ein Sohn und eine Tochter? Dieſer Fall iſt in dem Teſtamente nicht ausdrücklich bevorwortet. Aber ſo viel iſt klar: der Teſtator wollte, daß der Sohn, der ihm etwa geboren werden könnte, zwei Mal ſo viel haben ſollte, als ſeine Wittwe; und wiederum, würde ihm

eine Tochter geboren, ſo ſollte die Wittwe **zwei Mal** ſo viel haben, als dieſe. Daher dürfen wir mit gutem Grunde vorausſetzen: Hätte der Teſtator den Fall, welcher gegenwärtig eingetreten iſt, vorausgeſehen, und ſich darüber erklärt, ſo würde er ſo geſagt haben: Es ſollen **ſieben** Theile gemacht werden; **vier** dieſer Theile ſoll mein Sohn erhalten, **zwei** meine Frau und **Einen** meine Tochter [3].

§. 827.

D. Von Teſtaments-Executoren.

Man verſteht unter einem **Teſtaments-Executor** denjenigen, welchem die Ausführung eines letzten Willens übertragen iſt. Dieſer Auftrag kann an Einen, er kann aber auch an Mehre gerichtet ſein. Und ferner, er kann ſich beziehen auf den Geſammtinhalt des letzten Willens; er kann aber auch beſchränkt ſein auf die Ausführung irgend einer einzelnen Dispoſition. Die Neueren unterſcheiden danach zwiſchen dem Executor **generalis, universalis**, und dem Executor **specialis, particularis**. Beide Arten der Executoren kommen heutiges Tages häufig vor; bei den Römern ſcheinen die ſ. g. Executores generales nicht üblich geweſen zu ſein.

Die Regel nun iſt dieſe, daß, wenn überhaupt ein Executor testamenti vorkommt, dieſer ein ſolcher iſt, den der Verſtorbene ſelbſt in ſeinem letzten Willen dazu beſtellt hat. Man nennt heutiges Tages einen ſolchen Teſtaments-Executor Executor **testamentarius**. Dabei verſteht es ſich von ſelbſt: Ob der von dem Verſtorbenen Ernannte mit dem ihm ertheilten Auftrage ſich befaſſen will oder nicht, das hängt an und für ſich von ſeiner Willkür ab. Hat er aber den Auftrag angenommen, dann iſt er gebunden, und denjenigen, die dabei intereſſirt ſind, zur gehörigen Ausführung des Auftrages verpflichtet [1]. Jene Einwilligung, jene Annahme aber, kann nicht

3) Von verwandter Art iſt der Fall der L. 81. pr. D. d. hered. inst. XXVIII, 5., desgleichen der Fall der L. 17. §. 1. D. d. legat. I.

1) c. 19. X. d. testam. III, 26.

nur ausdrücklich, ſondern auch ſtillſchweigend erklärt werden; z. B. dadurch, daß der zum Executor Ernannte dasjenige annimmt, was der Verſtorbene ihm mit Beziehung auf den gegebenen Auftrag hinterlaſſen hat [2]).

Gelegentlich kann aber auch wohl die Obrigkeit ſich veranlaßt ſehen, Teſtaments-Executoren zu beſtellen. Dieſe nennt man heutiges Tages **dativi.**

Endlich gibt es auch ſolche Teſtaments-Executoren, welche unſere Neueren **legitimi** nennen, d. h. Solche, denen durch unmittelbar geſetzliche Verfügung die Sorge für die Ausführung letztwilliger Dispoſitionen übertragen iſt. Dergleichen Executoren kommen vor bei letztwilligen Verfügungen zu Gunſten der Armen, oder zum Behuf der Loskaufung von Gefangenen. Ich verweiſe deshalb auf den §. 800.

Was nun aber der **Executor testamenti** als ſolcher zu thun theils berechtigt, theils verpflichtet iſt, das läßt ſich nur aus der beſondern Beſchaffenheit des ihm ertheilten Auftrages beurtheilen [3]).

Mit der Beendigung des übertragenen Geſchäftes erlöſchen die Functionen eines **Executor testamenti.** Eben ſo auch mit dem Tode [4]).

2) Vgl. **Hofacker, Principia jur. civ.** §. 1629. Note a.

3) Thibaut, Pand. §. 1000. Schweppe, Röm. Privatr. §. 943.

4) Schweppe a. a. O. §. 943.

Fünftes Buch.

E r b r e c h t.

Zweites Kapitel.

Von der teſtamentariſchen Erbfolge.

I. Von der äußern Form der Teſtamente.

(§. §. 828—833.)

† INST. II, 10. De testamentis ordinandis. — † DIG. XXVIII, 1. Qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiant. — † COD. VI, 23. De testamentis, et quemadmodum testamenta ordinentur.

§. 828.

A. Geſchichtliche Einleitung.

Es wird zuerſt Rückſicht zu nehmen ſein auf die Zeit vor der Periode der chriſtlichen Imperatoren.

In Bezug auf dieſe muß ich nun aber wieder zuerſt von dem Civilrecht, dann zweitens von dem prätoriſchen Rechte ſprechen. Dieſes letztere kann ich hier um deswillen nicht mit Stillſchweigen übergehen, weil die ſpätere, in der chriſtlichen Zeit eingeführte, Form aus der Verbindung der früheren civilrechtlichen Form mit der prätoriſchen hervorgegangen iſt.

Alſo um mit dem Civilrecht den Anfang zu machen, ſo finden wir, daß in der älteſten Zeit die Teſtamente regelmäßig in Comitiis errichtet wurden; die Wirkſamkeit derſelben er-

forderte Beſtätigung durch einen Comitialbeſchluß, alſo die Concurrenz öffentlicher Auctorität. Neben dieſer regelmäßigen Art der Teſtamente gab es nun aber noch eine andere Art. Nämlich, wenn der Soldat ſeinen letzten Willen erklärte in dem Augenblicke, wo er im Begriff ſtand, nach vorgängigem feierlichen Aufruf des Feldherrn, ſich in die Schlacht zu begeben, ſo galt ſein letzter Wille, ohne daß es der Beſtätigung durch einen Comitialbeſchluß bedurfte. Man ſagte von einem ſolchen Teſtamente, es ſei **in procinctu** errichtet; ein Ausdruck, der auf den Umſtand hinwies, daß der Teſtator ſeinen letzten Willen im Felde, in voller Rüſtung, erklärt hätte.

Dieſe beiden Arten der Teſtamente finden wir, wie geſagt, ſchon in der früheſten Zeit. Von ſpäterer Entſtehung war eine dritte Art von Teſtamenten, nämlich das **Testamentum per aes et libram**, ſo genannt wegen der dabei vorkommenden Mancipation, welche bekanntlich ein feierlicher Scheinverkauf war, wobei demjenigen, der dabei als Verkäufer auftrat, eine unbedeutende Münze, die urſprünglich eine Münze von Erz war, und den Kaufpreis vorſtellen ſollte, zugewogen wurde: daher der Ausdruck per aes et libram.

Uebrigens verhielt es ſich mit dem **Testamentum per aes et libram** damals, als es zuerſt aufkam, folgender Maßen: Wenn Einer, der weder in comitiis, noch in procinctu teſtirt hatte, ſich unerwartet vom Tode bedroht ſah, ſo mogte er ſich auf die Weiſe helfen: Er überließ in der Form der Mancipation ſein geſammtes Vermögen einem Freunde, und unterrichtete nun dieſen, wie er ſeinen Nachlaß verwandt wiſſen wolle. Hiernach war alſo das Teſtament per aes et libram urſprünglich nichts, als ein Nothbehelf. Das änderte ſich nun aber in der Folge. Nämlich das Testamentum in comitiis ſcheint ſeit der Geſetzgebung der XII Tafeln nicht mehr vorgekommen zu ſein; man achtete nun die Concurrenz öffentlicher Auctorität zu einem regelmäßigen Teſtamente nicht mehr für nöthig, und ſo trat das Testamentum per aes et libram in die Stelle. Was früher nur Nothbehelf geweſen war, ward nunmehr, wiewohl mit gewiſſen Modificationen zum regelmäßigen Verfahren, welches als

ſolches fortgedauert hat bis auf die Zeit von Theodoſius II. Das **Testamentum in procinctu** hörte mit den XII Tafeln nicht auf; früher hatte es als Ausnahme beſtanden neben dem **Testamentum in comitiis**; jetzt beſtand es als Ausnahme neben dem **Testamentum per aes et libram.** In der ſpäteren Zeit der Republik verſchwand indeſſen das **Testamentum in procinctu.** In die Stelle deſſelben traten anderweitige Privilegien, durch welche dem Soldaten geſtattet wurde, ohne alle beſtimmte Form gültiger Weiſe zu teſtiren.

Das **Testamentum per aes et libram**, ſeitdem es die regelmäßige Form der Teſtamente geworden war, hatte aber weſentliche Veränderungen erfahren. Früher war derjenige, welchem der Teſtator ſein Vermögen mancipirte, jederzeit zugleich Erbe geweſen. Jetzt war es anders. Der Erbe und derjenige, welchem das Vermögen mancipirt wurde, waren verſchiedene Perſonen, und mit der Mancipation war es gar nicht mehr ernſtlich gemeint, ſie ward nur noch zum Scheine vorgenommen. Der Hergang nämlich war dieſer: In der Regel teſtirte man ſchriftlich; und da zerfiel denn die Handlung der Teſtamentserrichtung in zwei Habtheile, in die **Familiae mancipatio** und in die **Nuncupatio testamenti** [1]. Die **Familiae mancipatio** war der formelle, die **Nuncupatio testamenti** aber der materielle Beſtandtheil der Handlung.

Nämlich die **Familiae mancipatio** war bloß dazu da, den dereinſtigen Uebergang des geſammten Vermögens auf den Erben ſymboliſch darzuſtellen. Deshalb mancipirte der Teſtator ſein Vermögen irgend einem Dritten, welcher gleichſam als Repräſentant des Erben angeſehen wurde — und, weil er ſcheinbar dem Teſtator ſein ganzes Vermögen abkaufte, **Familiae emtor** genannt wurde. Alſo das waren die beiden Hauptperſonen: der Teſtator als Verkäufer, der **Familiae emtor** als Käufer. Wie nun aber jede Mancipation noch gewiſſe Nebenperſonen erforderte, ſo war auch hier ein **Libripens** erforderlich, und außer ihm fünf Zeugen. Dieſe Mancipation war nun

1) Gaj. II. §. 104. Ulp. XX. §. 9.

aber durchaus keine eigentliche Mancipation. Es war nur eine **imaginaria** mancipatio [2]). Sie galt als ein bloßes Symbol. Der Teſtator blieb nach wie vor Herr ſeines Vermögens; der Familiae emtor erhielt nicht das mindeſte wirkliche Recht, weder ſofort, noch auch nach dem Tode des Teſtators; und der Teſtator konnte ſeinen Willen jeden Augenblick ändern, jeden Augenblick ein neues Teſtament errichten.

Dagegen beſtand nun in **materieller** Beziehung das eigentliche Weſen des Teſtaments in der Nuncupatio testamenti. Der Teſtator zeigte nämlich eine Schrift vor mit der Erklärung, daß hierin ſein letzter Wille enthalten ſei; und zugleich forderte er die Zeugen auf, wegen deſſen, was in ihrer Gegenwart vorgegangen, dereinſt Zeugniß abzulegen.

Endlich mußten die hier beſchriebenen beiden Handlungen, die Familiae mancipatio und die Nuncupatio testamenti nothwendig **uno contextu, uno tenore** vorgenommen werden.

In Bezug auf dasjenige, was ich früher im §. 790. angedeutet habe, muß ich noch beſonders folgenden Umſtand hervorheben; die Familiae mancipatio brachte es mit ſich, daß der Familiae emtor gewiſſe feierliche Worte ausſprach, welche ſowohl von dem Teſtator, wie von den übrigen bei der Handlung Gegenwärtigen mußten vernommen werden können. Und eben ſo erforderte die Nuncupatio testamenti nothwendig eine mündliche, ebenfalls in feierliche Worte gefaßte Erklärung von Seiten des Teſtators. Daher eben waren **ſtumme** oder **taube** Perſonen unfähig zu teſtiren.

Uebrigens war es zwar gewöhnlich, keineswegs aber nothwendig, daß der Teſtator ſeinen letzten Willen ſchriftlich abfaßte. Er konnte, ſtatt ſich bei der Nuncupatio testamenti auf eine Schrift zu berufen, welche er vorzeigte, den Inhalt ſeines letzten Willens den Zeugen auch **mündlich** mittheilen.

Das hier beſchriebene Testamentum per aes et libram war nach dem Civilrecht die einzige regelmäßige Form des Te-

2) Wie Ulp. XX. § 2. ſie bezeichnet.

ſtaments [3]). Der Regel nach konnte nur derjenige, welcher in einem ſolchen Teſtamente zum Erben ernannt war, die Erbſchaft jure civili, als eigentlicher Heres, in Anſpruch nehmen. Aber nach prätoriſchem Rechte konnte der in einem ſchriftlichen Teſtamente zum Erben Eingeſetzte Bonorum possessio erhalten, auch wenn nicht gerade alle jene vorhin beſchriebenen Förmlichkeiten des Civilrechts beobachtet waren. Der Prätor war zufrieden, wenn die teſtamentariſche Urkunde von wenigſtens ſieben gehörig qualificirten Zeugen beſiegelt war. War dies der Fall, ſo gab er dem eingeſetzten Erben Bonorum possessio secundum tabulas, die civilrechtlichen Formen mochten beobachtet ſein oder nicht [4]).

Fragen wir nun aber: Wie kam der Prätor auf dies Erforderniß der ſieben Siegel, ſo ſcheint die befriedigendſte Antwort dieſe zu ſein: Ohne Zweifel war es ſehr früh ſchon üblich geworden, bei ſchriftlich abgefaßten Teſtamenten die teſtamentariſche Urkunde von den fünf Zeugen, welche jure civili erforderlich waren, desgleichen von dem Libripens, und von dem Familiae emtor beſiegeln zu laſſen, damit dereinſt an dieſen Siegeln die Identität der Urkunde erkannt werden könnte. Und dieſe Gewohnheit beſtimmte den Prätor, daß er die ſieben Siegel forderte. Ihm galten ohne Zweifel der Familiae emtor und der Libripens bloß als Zeugen. In dieſem Sinne kann man nun ſagen: der Prätor war in Hinſicht der äußern Form mit einem Theile desjenigen zufrieden, was bei der Errichtung eines feierlichen Teſtaments zu geſchehen pflegte. Aber, wo dasjenige, was zwar gewöhnlich, aber doch jure civili gar nicht nothwendig war — ich meine eben die ſieben Siegel — wo dieſes fehlte, da gab er, wie ſehr auch das Teſtament den Forderungen des Civilrechts entſprechen mochte, keine Bonorum possessio secundum tabulas [5]).

3) Wegen des Testamentum per aes et libram ſind zu vergleichen: Gaj. II. §. § 101. seqq. Ulp. XX. §. §. 2. sqq. §. 1. I. h. t.

4) Vgl. Gaj. II. §. 119. Ulp. XXVIII. §. 6. §. 2. I. h. t. L. 2. C. d. B. P. s. t. VI, 11.

5) Dies iſt Trekell's Meinung von der Sache: De origine atque progressu testamenti factionis. (Lips. 1739. 4.) §. LI. p. 178.

Und eben ſo wenig gab es urſprünglich eine Bonorum possessio auf den Grund eines mündlich errichteten Teſtamentes. Erſt in ſpäterer Zeit kam es auf, auch in Gemäßheit eines mündlichen Teſtaments, wenn es in Gegenwart von ſieben Zeugen errichtet war, Bonorum possessio zu geben: dieſe Bonorum possessio hieß dann Bonorum possessio secundum *nuncupationem* [6]).

Ich muß nun aber noch ein Mal auf die ſchriftlichen Teſtamente zurückkommen. Nämlich: etwas, was ſich bei der Beſiegelung eines Teſtamentes ganz von ſelbſt verſtand, war die *Superscriptio*, die mit der Subscriptio des ſpäteren Rechts nicht verwechſelt werden darf. Nämlich: bei den Römern wurden, wenigſtens in der Zeit, worauf es hier ankommt, die Teſtamente von den Zeugen *nicht unterſiegelt*, ſondern *zugeſiegelt*. Die Siegel alſo befanden ſich auf der äußern Seite der Urkunde, und hier nun ſchrieben die Zeugen neben den Siegeln ihre Namen hin. Von dieſer Superscriptio ſind die Pandektenſtellen zu verſtehen, die von dem Schreiben der Zeugen ſprechen [7]). Die Subscriptio ward erſt durch *Theodoſius* II. eingeführt, oder doch erſt durch ihn für nothwendig erklärt; auf ſie werden wir in der Folge zurückkommen [8]).

So ſtand es mit der äußern Form der Teſtamente vor der Zeit der *chriſtlichen Imperatoren*. *Unter dieſen* ſtoßen wir nun aber wieder auf Teſtamente *unter öffentlicher Auctorität*. Wir ſehen, daß jetzt ein Teſtament auch nach Civilrecht gültig ſein kann, wenn ſchon die gewöhnlichen Feierlichkeiten dabei nicht beobachtet ſind, ſobald Jemand ſeinen letzten Willen *im Gerichte erklärt*, oder denſelben wohl gar dem *Kaiſer ſelbſt überreicht* hat. Und ſo zeigt ſich alſo jetzt ein Gegenſatz zwiſchen *öffentlichen* und *Privatteſtamenten*.

Was aber die Form dieſer letzteren anbetrifft, nämlich der Privatteſtamente, ſo finden wir: Unter den chriſtlichen Impera-

6) cit. L. 2. C. d. B. P. s. t. VI, 11. (*Gordianus*)
7) So L. 22. §. 4. D. h. t. (*Ulp.*) L. 30. D. eod. (*Paul.*)

8) Nähere Auskunft über die Siegel, die Superscriptio und die Subscriptio ertheilt *Savigny*, Geſch. d. R. R. im Mittelalter. Bd. II. S. 189. folg.

toren verſchwand der ehemalige Unterſchied zwiſchen dem **Testamentum per aes et libram** auf der einen, und dem bloß prätoriſchen Teſtamente auf der andern Seite. Durch Conſtitutionen ward eine neue Form der Teſtamente eingeführt; ich ſage eine neue Form, wiewohl ſie größtentheils aus Elementen der früheren Formen zuſammengeſetzt wurde [9]). Dieſe neue Form ſollte fortan in allen nicht beſonders ausgenommenen Fällen für Privatteſtamente die allein gültige ſein. Das Fundament der neueren Form iſt enthalten in einer Conſtitution von Theodoſius II., vom Jahr 439. [10]).

Auch nach dieſen neueren Beſtimmungen kann nun aber der Teſtator ſeinen letzten Willen ſowohl mündlich, als ſchriftlich erklären.

B. Dogmatiſche Darſtellung. (§. §. 829 — 833.)

§. 829.

A. Von öffentlichen Teſtamenten.

Das neuere Römiſche Recht kennt zwei Arten öffentlicher Teſtamente: Entweder iſt es die Auctorität des Regenten, welche dem Teſtamente die erforderliche Gültigkeit verſchafft, oder es iſt die Auctorität eines Gerichts. In jenem Falle nennen unſere Neueren das Teſtament **Testamentum Principi oblatum** — in dieſem **Testamentum judiciale**.

A. Das ſ. g. **Testamentum judiciale** iſt ſeiner Entſtehung nach das ältere [1]), und ſeinem Gebrauche nach das häufigere. Daher will ich mit dieſem den Anfang machen [2]).

Die Art der Errichtung bei den Römern war dieſe: Der Teſtator begab ſich in das Gericht und erklärte da mündlich ſeinen letzten Willen. Dieſe Erklärung wurde zu Protocoll genommen, und das Protocoll in dem Archiv des Gerichts

9) S. §. 3. I. h. t.

10) Nov. Theodosii II, Tit. XVI; (im Jus civile Antejust. p. 1251 — 53.) nicht vollſtändig, und zum Theil interpolirt, in den Cod. Just. aufgenommen als L. 21. C. h. t.

1) Vergl. Savigny, Geſch. d. R. R. im Mittelalter. Bd. I. §. 27. d.

2) Es geſchieht deſſelben Erwähnung in L 18. L. 19. C. h. t. Vgl. Nov. Valentiniani III, Tit. XXI. c. 1. (im Jus civile Antejust. p. 1320 — 22.)

aufbewahrt. Dieſe mündliche Erklärung des Teſtators vor Gericht iſt dasjenige, was bei den Römern **Publicatio testamenti** hieß [3]). Vergl. §. 822. Note 9.

Außer dieſer Art eines gerichtlichen Teſtaments läßt ſich noch eine andere denken — dieſe nämlich: Es überreicht Jemand in dem Gerichte eine verſiegelte Urkunde, welche ſeinen letzten Willen enthält, und indem dieſe in dem Archive des Gerichts niedergelegt wird, erhält ſie dadurch die Kraft eines Teſtaments. Aber dieſe Art des Verfahrens ſcheint den Römern ganz und gar fremd geweſen zu ſein. Es ſcheint, ſie kannten gar kein anderes gerichtliches Teſtament, als das mündlich zu Protocoll erklärte [4]). Heutiges Tages verhält es ſich nun freilich anders. Da hat derjenige, welcher ein gerichtliches Teſtament machen will, die Wahl, ob er vor dem Richter ſeinen letzten Willen mündlich zu Protocoll geben, oder ob er dem Richter einen verſchloſſenen ſchriftlichen Aufſatz, in welchem ſein letzter Wille bereits enthalten iſt, zur Aufbewahrung überreichen will. Auch in dieſem letzteren Falle bedarf es freilich der Aufnahme eines Protocolls, aber das Protocoll enthält da nicht den letzten Willen ſelbſt, ſondern es bezieht ſich nur auf den Akt der Uebergabe.

Uebrigens braucht weder in dem einen, noch in dem andern Falle die Verhandlung gerade an der Gerichtsſtätte vorgenommen zu werden; es iſt zuläſſig, daß der Richter, oder, wenn das Gericht ein Collegium iſt, daß eine Deputation deſſelben ſich in die Wohnung des Teſtators verfüge, und da nun deſſen letzten Willen in Empfang oder auch zu Protocoll nehme. Ferner bedarf es auch gar nicht der Competenz des Richters: genug, wenn er nur überhaupt Civilgerichtsbarkeit hat.

Indeſſen wird doch darüber geſtritten, ob der Richter ein Teſtament annehmen oder aufnehmen könne auch zu einer Zeit, wo er ſich außer dem Bezirk ſeiner Gerichtsbarkeit befindet [5]). Uebrigens ſcheint die Meinung, daß der Richter auch außerhalb

3) Siehe Savigny a. a. O. S. 108. §. 27. g.

4) Vergl. Savigny a. a. O.

5) Die Gründe dafür und dagegen ſiehe bei Glück, III. S. 105. folg.

ſeines Gerichtsſprengels Teſtamente annehmen und aufnehmen könne, in praxi mehr Beifall gefunden zu haben, als die entgegengeſetzte.

Eine andere Streitfrage iſt dieſe: Ob der Teſtator ein ſchriftlich abgefaßtes Teſtament durch einen Bevollmächtigten dürfe überreichen laſſen. Ich muß denjenigen beiſtimmen, welche dies für ganz und gar unſtatthaft erklären. Bei einem Privatteſtamente muß nothwendig der Teſtator unmittelbar ſelbſt mit den Zeugen verhandeln: dies iſt allgemein anerkannt. Nun aber vertritt bei dem gerichtlichen Teſtamente das Gericht, welchem die teſtamentariſche Urkunde überreicht wird, die Stelle der Zeugen; und daher erfordert die Analogie auch hier eine unmittelbare Verhandlung [6]).

B. Ich wende mich nun zu dem ſ. g. Testamentum principi oblatum, von dem Einige mit Unrecht behauptet haben, daß es bei uns überall nicht in Gebrauch gekommen ſei. Dieſe Behauptung iſt ſo wenig gegründet, daß wir Particularrechte haben, in welchen das **Testamentum principi oblatum** ſogar ausdrücklich beſtätiget wird [7]). Aber freilich wird es ſelten vorkommen, wie es ohne Zweifel auch ſchon bei den Römern nicht häufig war. In den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern haben wir nur Eine Stelle, welche von dem ſ. g. Testamentum principi oblatum ſpricht; die **L. 19. C. h. t.**, eine Verordnung von Honorius und Theodoſius II., durch welche dieſe Art eines öffentlichen Teſtaments zuerſt eingeführt wurde. Die Conſtitution iſt ſo abgefaßt, daß ſie über die Art des zu beobachtenden Verfahrens gar manchen Zweifel übrig läßt [8]). Es ſcheint indeſſen, die Art des Verfahrens war im Weſentlichen dieſe:

Derjenige, welcher teſtiren wollte, wandte ſich an den Princeps mit einem Bittſchreiben, dem er den Inhalt ſeines letzten Willens einverleibte, oder auch in einer beſondern Scri-

6) Für das Königreich Hannover iſt dieſe Streitfrage in Gemäßheit der hier ausgeführten Anſicht entſchieden durch eine declaratoriſche Verordnung vom 24ſten Mai 1822. sub № III.

7) Vergl. Glück, XXXIV. S. 178. folg.

8) Zur Erläuterung kann dienen cit. Nov. Valentiniani III, Tit. XXI. c 1.

ptur, beifügte. Die Bitte ging dahin, die den letzten Willen enthaltende Urkunde entgegen zu nehmen, und in dem kaiſerlichen Archive aufbewahren zu laſſen. Der weitere Hergang war ſodann dieſer, daß das Bittſchreiben ſammt dem Teſtamente in dem Conſiſtorium des Princeps verleſen, und demnächſt in dem Archive niedergelegt wurde. Ausdrücklich wird übrigens in der L. 19. C. h. t. bemerkt, daß eine Antwort auf das überreichte Bittſchreiben zur Gültigkeit des Teſtaments durchaus nicht erforderlich ſei. — Dies ſcheint das übliche Verfahren geweſen zu ſein. Ob es auch für zuläſſig gehalten wurde, daß Jemand ſeinen letzten Willen vor dem Princeps mündlich erklärte, und daß darüber etwa ein Protocoll aufgenommen wurde, wie bei dem ſ. g. Testamentum judiciale, darüber ſind die Meinungen getheilt [9]).

Heutiges Tages pflegt man ſich über dieſen Zweifel, ob Jemand ſeinen letzten Willen auch mündlich vor dem Regenten erklären könne, hinwegzuſetzen, d. h. man pflegt anzunehmen, daß eine ſolche mündliche Erklärung eben ſo wohl zuläſſig ſei, als die Uebergabe einer den letzten Willen enthaltenden Scriptur. Auch hält man bei einer überreichten Scriptur die Verleſung im Staatsrath und Aufbewahrung derſelben in dem Archiv des Regenten nicht für nothwendig.

Außer dieſen Arten öffentlicher Teſtamente nach Römiſchem Rechte, kommt aber im Canoniſchen Rechte eine Art von Teſtamenten vor, die ſich gewiſſer Maßen ebenfalls als öffentliche Teſtamente betrachten laſſen. Nämlich, wenn ein Teſtament errichtet iſt vor dem competenten Pfarrer, und in Gegenwart von drei oder auch nur zwei Zeugen, ſo ſoll es vollgültig ſein, ohne einer weiteren Feierlichkeit zu bedürfen [10]). Allein nur in wenigen Ländern gilt dieſe Verordnung des Canoniſchen Rechts.

9) Savigny a. a. O. §. 27. d. ſcheint mündliche Erklärung zu Protocoll auch hier anzunehmen. So auch Spangenberg, Beitrag zu der Lehre von den Teſtamenten, im Archiv f. d. civiliſt. Praxis. Bd. V. S. 160. 172. Aber ſiehe Glück, XXXIV. S. 165. folg.; beſonders S. 170. 171.

10) c. 10. X. d. testam. III, 26.

B. Von Privatteſtamenten. (§. §. 830 — 833.)

a. Allgemeine Erforderniſſe. (§. §. 830. 831.)

§. 830.

α. Von der Zuziehung der Zeugen.

Die Errichtung eines Privatteſtaments erfordert die Gegenwart von ſieben gehörig qualificirten, zur Concurrenz eigens aufgeforderten, dieſer Aufforderung freiwillig Folge leiſtenden Zeugen [1]). Alſo, um nun das Einzelne durchzugehen:

Erſtens: Die Zeugen müſſen zur Concurrenz eigens aufgefordert ſein — dies pflegt in den Quellen ſo ausgedrückt zu werden, ſie müſſen Testes rogati ſein; und zwar muß die von dem Teſtator an ſie ergangene Aufforderung, bei dem Teſtamente Zeugen Stelle zu vertreten, der Errichtung des Teſtaments voraufgehen. Dagegen, daß ſie der Zuſammenkunft der Zeugen vorausgehe, das iſt nicht nothwendig [2]).

Zweitens: Die Zeugen müſſen der an ſie ergangenen Aufforderung freiwillig Folge leiſten: Zwang, welcher gegen die Zeugen ausgeübt iſt, macht das Teſtament ungültig [3]).

Drittens: Die Zeugen müſſen gehörig qualificirt ſein. Es fragt ſich alſo, was iſt zu dieſer Qualification erforderlich?

Es gibt Vorausſetzungen, von denen man ſagen muß: Derjenige, bei dem es an dieſen Vorausſetzungen fehlt, iſt zum Teſtamentszeugniß abſolut unfähig, d. h. er kann bei keinem Teſtamente Zeuge ſein. — Dann aber gibt es auch Verhältniſſe, unter welchen man ſagen muß: Wer in einem ſolchen Verhältniſſe ſteht, iſt nur relativ unfähig, d. h. er kann nur eben bei dieſem Teſtamente nicht Zeuge ſein.

A. Zunächſt nun will ich ſprechen von denjenigen Vorausſetzungen, in deren Ermangelung Einer abſolut unfähig iſt.

1) L 21. pr. et §. 2. (al. pr. §. §. 1. 2. 3. bis »Ex imperf.« §. 4.) C. h. t. (Impp. Theodosius et Valentinianus. A. 439.)

2) L. 21. §. 2. D. h. t. cit. L. 21. pr. C. h. t.

3) L. 20. §. ult. D. h. t.

Jene Vorausſetzungen beziehen ſich aber theils auf die juriſtiſche, theils auf die natürliche Fähigkeit zum Teſtamentszeugniß.

Wegen der juriſtiſchen Fähigkeit kann ich verweiſen auf §. 787. Dort haben wir geſehen, daß derſelben entbehren Sclaven; Apoſtaten; gewiſſe Ketzer; diejenigen, welche Lege intestabiles ſind; Prodigi; Perſonen weiblichen Geſchlechts; endlich diejenigen, welche zur Strafe für gewiſſe Verbrechen, deren ſie ſchuldig erkannt worden, juriſtiſch zum Zeugniß überhaupt und in jeder Beziehung unfähig ſind.

Was nun aber ferner betrifft die natürliche Fähigkeit zum Teſtamentszeugniß, ſo ſetzt dieſe wiederum theils gewiſſe intellectuelle, theils gewiſſe phyſiſche Eigenſchaften voraus.

Was nämlich das Intellectuelle betrifft, ſo wird ein gewiſſer Grad der Verſtändigkeit und Beſonnenheit erfordert. Der Mangel daran iſt es, weshalb vom Teſtamentszeugniß ausgeſchloſſen ſind

1. Wahnſinnige und Blödſinnige — außer in lichten Augenblicken [4]).

2. Impuberes [5]).

Was aber anbetrifft die phyſiſchen Eigenſchaften, ſo muß

1. der Zeuge fähig ſein, dasjenige, was in ſeiner Gegenwart mündlich verhandelt wird, durch das Gehör aufzufaſſen. Daher ſind Taube ausgeſchloſſen [6]).

2. Der Zeuge muß im Stande ſein, ſich über dasjenige, was in ſeiner Gegenwart vorgegangen iſt, durch mündliche Ausſagen zu äußern. Deshalb ſind unfähig ſtumme Perſonen [7]).

Ob nun aber

3. der Zeuge auch im Beſitz des Geſichtes ſein müſſe, mit andern Worten, ob ein Blinder zum Teſtamentszeugniß fähig ſei — darüber iſt man nicht durchgängig Einer Meinung. In Beziehung auf ſchriftliche Teſtamente iſt die Sache allerdings außer Streit. Denn ein ſchriftliches Teſtament muß von den

4) §. 6. I. h. t. L. 20. §. 4. D. h. t.

5) cit. §. 6. I. h. t. L. 20. pr. D. h. t.

6) cit. §. 6. I. h. t.

7) cit. §. 6. I. h. t.

Zeugen unterſchrieben werden; die erforderliche Gewißheit aber; daß er die rechte Urkunde unterſchreibe, kann nur der ſehende Zeuge haben. Alſo zu Zeugniſſen bei einem ſchriftlichen Teſtamente iſt der Blinde anerkannt unfähig. Dagegen iſt es nun aber ſehr ſtreitig, ob der Blinde auch bei mündlich zu errichtenden Teſtamenten zum Zeugniß unfähig ſei. Diejenigen, welche den Blinden auch hier für unfähig halten, berufen ſich gelegentlich auf die L. 9. C. h. t. In dieſer Stelle heißt es: »Si ...... testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo jure testamentum valet.« Und hieraus will man nun beweiſen, daß die Zeugen den Teſtator müßten ſehen können. Allein die Stelle ſagt in der That davon, wofür man ſie anführt, kein Wort — ſie ſagt nur, daß die Zeugen dasjenige, was ihnen bei der Errichtung des Teſtaments zu thun obliegt, unter den Augen, in der Gegenwart des Teſtators vornehmen ſollen. Alſo mit dieſer Stelle iſt nichts bewieſen. Aber aus der Natur der Sache geht hervor, daß der Blinde auch bei einem mündlichen Teſtamente zum Zeugniß unfähig ſei. Denn läßt man Einen blinden Zeugen zu, ſo muß man conſequenter Weiſe auch ſieben Blinde zulaſſen; und da iſt denn doch die Gefahr des Betruges ſo groß, als ſie nur ſein kann [8]).

B. Die Theorie von der relativen Unfähigkeit zum Teſtamentszeugniß beruht auf folgendem Satze:

Niemand kann für ſich ſelbſt Zeugniß ablegen, oder für denjenigen, mit dem er, juriſtiſch genommen, Eine Perſon iſt. Dies findet jedoch bei Teſtamenten nur auf die Hauptperſonen Anwendung, denn nur eben dieſe ſind es, welchen Zeugniß abgelegt wird; und ſonach findet es Anwendung auf den Teſtator und auf den Erben.

Was nun zunächſt betrifft die juriſtiſche Einheit des Zeugen mit dem Teſtator, ſo iſt darüber Folgendes zu bemerken.

1. Wer in des Teſtators väterlicher Gewalt ſteht, kann nicht Zeuge ſein [9]).

8) Uebrigens iſt über dieſe Streitfrage zu vergleichen Höpfner, Commentar. §. 445. Höpfner ſelbſt iſt der Meinung, daß man ſich auf zwei ſehende Zeugen allenfalls wohl fünf blinde gefallen laſſen könne.

9) §. 9. I. h. t. cit. L. 20. pr. D. h. t.

2. Denken wir uns, ein **Filiusfamilias** teſtirt über ſein **Castrense** oder **Quasi castrense peculium.** Hier fragt es ſich: wird der Parens, in deſſen Gewalt der Teſtator ſteht, als Zeuge abhibirt werden können? In Bezug auf ſein **Castrense** oder **Quasi castrense peculium** wird der **Filiusfamilias** einem **Paterfamilias** gleichgeachtet, in dieſer Beziehung iſt er nicht Eins mit demjenigen, deſſen väterlicher Gewalt er in anderer Rückſicht unterworfen iſt, und daher fordert die **Ratio juris**, die aufgeworfene Frage zu bejahen [10]). Die Römiſchen Juriſten waren jedoch nicht einſtimmig dieſer Meinung. Gajus [11]) behauptet, der Vater könne nicht Zeuge ſein, außer wenn der Sohn in der Lage ſei, militäriſch zu teſtiren. Und demgemäß enthalten nun auch die Juſtinianiſchen Inſtitutionen folgende Beſtimmung: Wenn ein **Filiusfamilias** teſtirt, nachdem er aus dem Kriegsdienſte entlaſſen iſt, wo er alſo nicht mehr das Recht hat, militäriſch zu teſtiren, ſo kann der Vater, in deſſen Gewalt er ſich befindet, nicht Zeuge ſein [12]). Dieſe Beſtimmung iſt für das Juſtinianiſche Recht, und ſonach auch für unſer heutiges gemeines Recht, als die geltende zu betrachten.

3. Es fragt ſich: Wenn ein **Filiusfamilias** über ſeine **Castrensia** oder **Quasi castrensia** teſtirt, kann da derjenige Zeuge ſein, der mit ihm, und ſonach alſo mit dem Teſtator, einer und derſelben väterlichen Gewalt unterworfen iſt? Kann alſo z. B. der Bruder Zeuge ſein? Dieſe Frage iſt gerade ſo, wie die vorige, zu beantworten [13]).

Mit dem Erben und den mit dieſem zu Einer Perſon Verbundenen verhält es ſich ſo:

Nach älterem Rechte konnte derjenige, der in einem Teſtamente zum Erben ernannt war, bei eben dieſem Teſtamente Zeugen Stelle vertreten. Denn nicht dem Erben, ſondern dem **Familiae emtor** hatten die Zeugen Zeugniß abzulegen. Seiner

10) Dieſe Anſicht finden wir denn auch anerkannt in **L. 20. §. 2. D. h. t. (Ulp.)** §. 2. D. h. t. bejahet ſie allgemein. Dagegen wird ſie von Gajus II. §. 106. und in den Inſtitutionen von Juſtinian cit. §. 9. I. h. t. außer dem Falle eines militäriſchen Teſtamentes verneint.

11) Gaj. II. §. 106.

12) §. 9. I. h. t.

13) Ulpian in der cit. L. 20.

Form nach hatte das Teſtament auf den Erben nur eine mittelbare Beziehung [14]). Anders aber im neueren, und namentlich Juſtinianiſchen Rechte. Hier fällt der Familiae emtor weg; das Teſtament hat auf den Erben eine unmittelbare Beziehung; ihm alſo legen die Zeugen Zeugniß ab, und deshalb iſt er nach Juſtinianiſchem Rechte unfähig, Zeuge zu ſein [15]).

Wie aber der Erbe ausgeſchloſſen iſt, ſo auch wer mit ihm verbunden iſt durch das Band väterlicher Gewalt. Demnach kann Zeuge ſein weder derjenige, über welchen der Erbe väterliche Gewalt hat; noch derjenige, deſſen väterlicher Gewalt der Erbe ſelbſt unterworfen iſt; noch endlich derjenige, der mit ihm gemeinſchaftlich in väterlicher Gewalt eines und deſſelben Dritten ſteht [16]).

Was hier von dem Erben geſagt iſt, das gilt nun aber keineswegs von demjenigen, der in dem Teſtamente nur mit einem Legate oder Fideicommiß bedacht iſt. Hier iſt es bei dem älteren Rechte, welches dergleichen Perſonen zu Teſtaments-Zeugniſſen zuließ, geblieben, und zwar aus dem Grunde, weil auf ſie das Teſtament auch im neueren Rechte immer nur eine ſecundäre Beziehung hat. Natürlich liegt auch kein Hinderniß in der etwa vorhandenen juriſtiſchen Einheit des Zeugen mit dem Legatar oder Fideicommiſſar [17]).

Und, weil hier einmal von einer ſolchen juriſtiſchen Einheit die Rede iſt, welche keine Unfähigkeit zum Zeugniß mit ſich führt, ſo will ich bei dieſer Gelegenheit zugleich darauf aufmerkſam machen, daß es eben ſo wenig ſchadet, wenn die Zeugen unter ſich durch das Band der väterlichen Gewalt verbunden ſind [18]).

Wir haben nunmehr geſehen, was zur gehörigen Qualification der Zeugen erfordert wird. Es bleibt aber noch die Frage übrig — wann, in welchem Zeitpunkte, muß der Zeuge die

14) Cicero pro Milone. c. 18. Suetonius in Nerone. c. 4. Gaj. II. §. 108. §. 10. I. h. t.

15) cit. §. 10. I. h. t. cit. L. 20. pr. D. h. t. (Ulp.) iſt ohne Zweifel durch die Compilatoren verändert.

16) cit. §. 10. I. h. t.

17) cit. §. 11. I. h. t. cit. L. 20. pr. D. h. t.

18) §. 8. I. h. t. L. 22. pr. D. h. t. (wo die Vulg. richtig »sumus« hat, während die Flor. »fuimus« lieſ't.

Eigenſchaften, auf die es ankommt, beſitzen? Die Antwort iſt: Zur Zeit des errichteten Teſtaments, alſo im Augenblicke der wirklichen Theilnahme an der Handlung. Das aber iſt nun auch zur Gültigkeit des Teſtaments genügend; wenn der zur Zeit des errichteten Teſtaments fähige Zeuge ſpäterhin unfähig wird, ſo benimmt dies dem Teſtamente von ſeiner Gültigkeit nichts [19]).

Zum Beſchluß muß ich noch dieſes bemerken: Selbſt dann iſt das Teſtament gültig, wenn einer der Zeugen zur Zeit des errichteten Teſtaments in der That unfähig war, in der allgemeinen Meinung aber für fähig galt [20]).

§. 831.

β. Von der Einheit der Handlung.

Dieſes Erforderniß [1]) läßt ſich auflöſen in folgende beiden Beſtimmungen:

1. Alle bei Errichtung des Teſtamentes concurrirende Perſonen müſſen vom Anfange des ganzen Actes bis zu deſſen Beendigung verſammelt bleiben [2]).

2. Dieſer Act darf nicht durch irgend ein fremdartiges Geſchäft unterbrochen werden [3]). Als fremdartig iſt aber nicht zu betrachten die Errichtung eines Pupillar-Teſtaments.

Uebrigens iſt zu bemerken, daß das Erforderniß der Einheit der Handlung nicht mit buchſtäblicher Strenge zu nehmen iſt. Unter den Conſtitutionen Juſtinian's bezieht ſich ganz beſonders auf dieſes Erforderniß der Einheit der Handlung L. 28. pr. C. h. t. Eine kurze Unterbrechung, veranlaßt durch irgend ein phyſiſches Bedürfniß des Teſtators oder der Zeugen, ſoll der Gültigkeit des Teſtaments durchaus nicht nachtheilig ſein. Wenn aber während der Errichtung des Teſtaments in der Perſon Eines, oder auch mehrer Zeugen ein phyſiſches Hinderniß eintritt, deſſen Beſeitigung eine längere Zeit erfordert; ſo ſoll der Teſtator in die Stelle der verhinderten Zeugen ſofort andere Zeugen

19) L. 22. §. 1. D. h. t.

20) L. 1. C. h. t. §. 7. I. h. t. §. 3. I. h. t.

1) Rückſichtlich deſſelben ſind zu vergleichen L. 21. pr. et §. 2. C. h. t.

2) L. 20. §. 8. D. h. t.

3) L. 21. §. 3. D. h. t.

berufen, und nachdem dieſe ſich von dem früheren Hergange unterrichtet, ſoll die Verhandlung nun in ihrer und der übrigen Zeugen Gegenwart beendigt werden dürfen; ein alſo errichtetes Teſtament ſoll eben ſo wirkſam ſein, wie wenn gar keine Unterbrechung Statt gefunden hätte.

b. Beſondere Erforderniſſe.

§. 832.

α. Bei ſchriftlichen Teſtamenten.

In den Quellen wird ein ſchriftliches Teſtament durch den Ausdruck **Testamentum, quod in scriptis** oder **per scripturam conficitur** bezeichnet [1]). Ein ſolches erfordert:

1. einen ſchriftlichen Aufſatz, welcher den letzten Willen des Teſtators enthält. Daß der Teſtator ſelbſt ihn geſchrieben habe, iſt nicht nöthig.

2. Dieſen Aufſatz muß der Teſtator den Zeugen mit der Erklärung vorlegen, daß in ihm ſein letzter Wille enthalten ſei.

3. Der Teſtator muß den Aufſatz in Gegenwart der Zeugen eigenhändig unterſchreiben. Vermag er das nicht, ſo muß, zum Behuf der Unterzeichnung ſtatt des Teſtators eigens, außer den ſieben Zeugen, noch eine achte Perſon zugezogen werden — ein »**Subscriptor**«, wie es in den Quellen heißt [2]).

Es iſt darüber geſtritten worden, in welcher Weiſe dieſer **Subscriptor** unterſchreiben müſſe, ob er ſeinen oder des Teſtators Namen unter das Teſtament zu ſetzen habe. Z. B.: der Teſtator ſei Titius, der **Subscriptor** Mävius. Wird Mävius bloß den Namen Titius unter das Teſtament zu ſetzen haben, gleich wie dieſer ſelbſt es gethan hätte, oder wird er ſchreiben müſſen: »In des Teſtators, oder auch in des Titius Namen, Mävius«? Die meiſten Rechtsgelehrten ſind, und zwar mit Recht, für das Letztere; der **Subscriptor** darf es an ſeinem eigenen Namen nicht fehlen laſſen [3]).

1) §. 13. I. h. t. — L. 21. pr. C. h. t.

2) Alle dieſe Beſtimmungen beruhen auf L. 21. pr. C. h. t. (Impp. Theodosius et Valentinianus. A. 439.)

3) S. Glück, XXXIV. S. 406. folg.

Aber was das dritte Erforderniß betrifft, ſo hat Juſtinian dies in einer ſpäteren Verordnung [4]) folgender Maßen modificirt: Der Teſtator ſoll nicht nöthig haben, das Teſtament in Gegenwart der Zeugen zu unterzeichnen, oder es von einer achten Perſon ſtatt ſeiner unterzeichnen zu laſſen, wenn er das ganze Teſtament eigenhändig geſchrieben (Testamentum holographum), und dies in dem Aufſatze ſelbſt bemerklich gemacht hat.

4. Die Zeugen müſſen den Aufſatz unterſchreiben und beſiegeln [5]).

Nach der L. 30. D. h. t. ſollen die Zeugen bei ihrer Namensunterſchrift zugleich angeben, zu weſſen Teſtament ſie zugezogen worden. Dies iſt durch die Note 5. angeführte L. 21. C. h. t. nicht aufgehoben. Auch ſind uns Teſtamente aus dem ſechsten Jahrh. n. Chr. erhalten, in welchen wir dieſe Vorſchrift beobachtet ſehen. Da indeſſen die Notariatsordnung von 1512., im Tit. v. Teſtamenten §. 7., derſelben nicht gedenkt, ſo pflegt man heutiges Tages die bloßen Namen der Zeugen für hinreichend zu halten [6]).

Was das Siegeln betrifft, ſo wird nicht gerade gefordert, daß der Zeuge ſich ſeines eignen Siegels bediene, der Zeuge kann auch mit einem fremden — folglich alle mit Einem ſiegeln [7]).

5. Zu dieſen vier Erforderniſſen hat Juſtinian noch ein fünftes hinzugefügt [8]), was er aber ſpäter wieder zurückgenommen hat; nämlich: Bei einem ſchriftlichen Teſtamente ſoll der Teſtator die Namen der Erben mit eigner Hand aufzeichnen, entweder neben ſeiner Namensunterſchrift, oder auch in irgend einem andern Theile des Teſtaments. Wenn er dies aber nicht vermag, ſo ſoll er die Erben den Zeugen nennen, und dieſe ſollen ihrer Unterſchrift die Namen der Erben hinzufügen. Wo dieſes in Anſehung keines der Erben beobachtet iſt, da ſoll das ganze

4) L. 28. §. 1. C. h. t. (A. 530.)
5) cit. L. 21. pr. C. h. t.
6) S. Glück, XXXIV. S. 404.
7) L. 22. §. 2. D. h. t. §. 5. I. h. t.
8) In der L. 29. C. h. t. (A. 531.) Hierauf bezieht ſich auch §. 4. I. h. t.

Teſtament, wo es aber nur in Bezug auf einzelne Erben unterlaſſen iſt, da ſoll wenigſtens die Inſtitution dieſes Einzelnen nichtig ſein.

Der Zweck dieſer Beſtimmung war, möglichem Betruge von Seiten desjenigen vorzubeugen, deſſen der Teſtator ſich etwa zur ſchriftlichen Abfaſſung ſeines letzten Willens bedienen mochte. Aber wie ſie in dieſer Beziehung als nützlich betrachtet werden konnte, ſo widerſtritt ſie auf der andern Seite dem Intereſſe der Teſtatoren, den Inhalt ihres letzten Willens ſo viel möglich geheim zu halten. Deshalb hat denn auch Juſtinian die ganze Anordnung ſpäterhin durch die Nov. 119. c. 9. wieder aufgehoben. Als Grund wird angegeben: Man habe in Erfahrung gebracht, daß viele Teſtamente unwirkſam geblieben wären, weil die Teſtatoren theils nicht im Stande geweſen, der Forderung des Geſetzes zu genügen, theils demſelben nicht hätten genügen mögen, um den Inhalt ihres letzten Willens nicht vorzeitig bekannt werden zu laſſen.

Zum Schluß iſt nunmehr in Bezug auf das ſchriftliche Teſtament noch zweierlei zu bemerken:

Erſtens: Es iſt bisher immer von einem Unterſchreiben ſowohl von Seiten des Teſtators, als von Seiten der Zeugen die Rede geweſen. Auch wird in der L. 21. C. h. t. eigens der Ausdruck »subscribere« gebraucht. Allein zugleich heißt es in der Conſtitution ausdrücklich: Wenn der Teſtator ſich ſicher ſtellen wolle, daß Niemand von dem Inhalte des Teſtaments irgend etwas erfahre, ſo könne er die Teſtaments-Urkunde verſiegelt, oder zugebunden, oder auch in einem einfachen Umſchlage vorlegen. Und auch in Bezug auf dieſen Fall iſt ſowohl von dem in Gegenwart der Zeugen vorzunehmenden subscribere des Teſtators, als von einem subscribere der Zeugen ſelbſt die Rede. Hiermit ſtimmt die ſchon früher erwähnte Notariatsordnung überein. Und daher ſcheinen diejenigen Recht zu haben, welche ſagen: Es iſt nicht gerade nothwendig, daß die Namensunterſchrift des Teſtators und der Zeugen in dem Innern der Teſtaments-Urkunde Statt finde; es genügt, wenn

der Teſtator und die Zeugen ihre Namen auf die Außenſeite oder auf den etwaigen Umſchlag ſetzen [9]).

Zweitens: Wir haben geſehen, taube Perſonen können nicht Zeugen ſein. Aber nun fragt es ſich, iſt es bei einem ſchriftlichen Teſtamente nothwendig, daß der Zeuge die Sprache des Teſtators verſtehe? Dies wird verneinend entſchieden [10]).

§. 833.

β. Bei mündlichen Teſtamenten.

Ein mündliches Teſtament wird in den Quellen ein Testamentum sine scriptis, ein Testamentum per nuncupationem, im Latein der Neueren Testamentum nuncupativum genannt. Bei einem ſolchen Teſtamente muß der Teſtator dadurch, daß er ſeinen Willen in Gegenwart der Zeugen mündlich erklärt, dieſe von dem Inhalte deſſelben ſpeciell und vollſtändig unterrichten. Er muß ihnen alſo ſagen, wer ſeine Erben ſein ſollen, welche Perſonen er mit Vermächtniſſen bedacht wiſſen will, u. ſ. w. [1]). Denn, wie bei einem ſchriftlichen Teſtamente der letzte Wille in der darüber ſprechenden Urkunde, ſo wird er bei einem mündlichen in dem Gedächtniß der Zeugen niedergelegt. Daher kann denn bei einem mündlich zu errichtenden Teſtamente der Zeuge der Intelligentia sermonis ſchlechterdings nicht entbehren.

Das Einzelne betreffend, ſo iſt Folgendes zu bemerken:

1. Wenn der Teſtator bei einem mündlichen Teſtamente den Zeugen nur einen Theil ſeines letzten Willens mittheilt, indem er durch irgend einen Unfall verhindert wird, die Erklärung ſeines letzten Willens zu vollenden, ſo hat die Handlung gar keinen Erfolg [2]).

2. Bisweilen geſchieht es, daß der Teſtator ſeinen letzten Willen mündlich erklärt, ihn jedoch, bloß des Beweiſes

9) Sehr ausführlich handelt von dieſem Gegenſtande und den verſchiedenen Meinungen darüber Glück, XXXIV. S. 440. folg.

10) In L. 20. §. 9. D. h. t.

1) Die Hauptſtellen über die Form des mündlichen Teſtaments ſind L. 21. §. 2. (al. 4.) L. 26. C. h. t. §. 14. I. h. t. L. 21. pr. D. h. t. Notariatsordn. v. 1512. Titel von Teſtamenten. §. 8.

2) L. 25. D. h. t.

halber, auch ſchriftlich aufſetzt, es ſei vorher oder nachher; oder es geſchieht auch wohl, daß die Zeugen ſelbſt, was ſie gehört haben, zu Papier bringen. In einem ſolchen Falle bleibt deſſen ungeachtet das Teſtament ein mündliches; aber die Neueren bezeichnen es doch mit einem eignen Namen; ſie nennen es ein **Testamentum nuncupativum in scripturam redactum.**

3. Noch iſt hier die Frage zu berühren, inwiefern ein mündliches Teſtament ein ſogenanntes myſtiſches Teſtament ſein dürfe. Die Neueren nennen ein Teſtament ein **Testamentum mysticum s. implicitum**, wenn der Teſtator darin den Erben nicht geradezu bezeichnet, ſondern durch Verweiſung auf eine beſondere Scriptur. Daß nun eine ſolche Verweiſung bei einem ſchriftlichen Teſtamente zuläſſig ſei, das leidet keinen Zweifel. Bei einem mündlichen aber iſt ſie, einer richtigen Theorie zu Folge, unſtatthaft [3]). Dennoch werden in praxi häufig auch dergleichen mündliche Teſtamente aufrecht erhalten [4]).

II. Von der Erbeseinſetzung im Allgemeinen.

(§. §. 834—838.)

† INST. II, 14. † DIG. XXVIII, 5. De heredibus instituendis. — † COD. VI, 24. De heredibus instituendis, et quae personae heredes institui non possunt.

§. 834.

A. Von der Anzahl der einzuſetzenden Erben.

Die Frage nach der möglichen Anzahl der einzuſetzenden Erben läßt ſich mit wenigen Worten abmachen. Die Antwort nämlich iſt dieſe: der Teſtator kann nach Gutdünken Einen Erben ernennen, oder auch mehre — und in dieſem letzten Falle iſt er durchaus nicht an irgend eine beſtimmte Zahl gebunden; er kann ſo viele Erben ernennen, als er will [1]).

3) Arg. L. 21. pr. D. h. t. L. 25. C. h. t. in den Worten »Quenadmodum enim« etc.

4) Vgl. Glück, XXXV. S. 13. folg.

1) §. 4. I. h. t.

B. Von dem Gegenſtande der Erbeseinſetzung. (§. §. 835—838)

§. 835.

A. In qualitativer Beziehung.

Der Gegenſtand der Erbfolge überhaupt iſt immer das geſammte Vermögen des Verſtorbenen, oder ein aliquoter Theil dieſes geſammten Vermögens, eine Hälfte, ein Drittheil, ein Viertheil u. ſ. w. Der Teſtator kann daher, wenn die Erbeseinſetzung tadellos ſein ſoll, nie etwas Einzelnes zum Gegenſtande der Erbeseinſetzung machen; gleichviel übrigens, ob er dieſes Einzelne individuell, oder nur der Gattung nach beſtimmt. Es iſt z. B. ganz ungehörig zu ſagen: »A. ſoll mein Erbe ſein in meinem Hauſe: B. ſoll mein Erbe ſein in meinem Landgute.“ Oder: „der A. ſoll mein Erbe ſein in einer Summe von 2000, B. in einer Summe von 4000“ u. ſ. w. Man pflegt dies ſo auszudrücken: Es iſt unzuläſſig, einen Erben in re certa oder ex re certa zu ernennen. Auch kommt der Ausdruck vor, einen Erben ex re ernennen, ohne den Zuſatz certa.

Wie nun aber, wenn der Teſtator dieſe Regel nicht beobachtet hat, wenn er in der That einen oder mehre Erben ex certa re inſtituirt hat — was wird der Erfolg ſein? In älterer Zeit ſcheint man eine Diſpoſition dieſer Art als ganz und gar nichtig behandelt zu haben, und nur allmälig ſcheint die Meinung geltend geworden zu ſein, daß man auch dergleichen Diſpoſitionen ſo viel möglich aufrecht erhalten müſſe [1]). Aber es fragt ſich, wie?

Wo der Teſtator überhaupt nur Einen Erben ernannt, und dieſen ex certa re inſtituirt hat — da ſieht man über die Erwähnung des einzelnen Gegenſtandes hinweg; man betrachtet ſie als gar nicht vorhanden, und ſo erhält nun der Erbe die

1) Vergl. L. 35. pr. D. h. t. (S. Note 3. unten.)

ganze Erbſchaft, und in dieſer natürlich jenen einzelnen Gegenſtand mit [2]).

Sind mehre Erben ernannt, und ſie ſind alle ex certis rebus inſtituirt — ſo iſt die Regel dieſe: Man betrachtet in Beziehung auf die Erbeseinſetzung ſelbſt die Bezeichnung der einzelnen Sachen ebenfalls als nicht hinzugefügt; es iſt ſo gut, als wären ſämmtliche Erben ſchlechthin, und ohne nähere Beſtimmung der ihnen gebührenden Antheile, inſtituirt. In anderer Beziehung aber läßt man die Angabe der einzelnen Sachen nicht unberückſichtigt; bei jedem einzelnen Erben behandelt man die Erwähnung der Sachen, worin er inſtituirt iſt, gleich der Anordnung eines Prälegates, und ſo bekommt jeder die ihm angewieſene Sache zum voraus [3]).

Endlich kann nun aber auch der Fall vorkommen: der Erben ſind mehre, und nur einige ſind ex certa re inſtituirt, oder auch nur ein Einziger etwa. Hier wird derjenige, welcher ex certa re inſtituirt iſt, gar nicht als Erbe betrachtet, ſondern als bloßer Legatar: Erben ſind nur die nicht ex certis rebus Inſtituirten [4]).

2) L. 1. §. 4. D. h. t. »Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione.« Vgl. L. 19. §. 2. D. d. castrensi pec. XLIX, 17.

3) L. 9. §. 13. L. 10. L. 35. pr. D. h. t. (Ulpianus) ».... receptum esse, rerum certarum heredem institui posse, nec esse inutilem institutionem, sed ita ut officio judicis familiae herciscundae cognoscentia contineatur, nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi. Ita igitur res accipietur: verbi gratia pone, duos esse heredes institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Liviano, et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem; erunt quidem heredes ex aequis partibus, quasi sine partibus instituti, veruntamen officio judicis continebitur, ut unicuique eorum fundus, qui relictus est, adjudicetur, vel attribuatur.« Vgl. §. §. 1. 2. ejusd. L. 35. L. 78. pr. D. h. t.

4) L. 13. C. h. t. (Justinianus.) »Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte, vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte, vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.«

Digitized by Google

B. In quantitativer Beziehung.

a. Allgemeine Grundſätze.

§. 836.

α. In Betreff der Bezeichnung.

Der Teſtator kann ſich darüber, wie viel der Erbe erhalten ſolle, ausdrücklich äußern. Er kann, indem er nur einen Einzigen zum Erben ernennt, dies mit dem Zuſatze thun, es ſolle dieſer ſein alleiniger Erbe ſein. Oder er kann eine beſtimmte Quote des Ganzen angeben, welche der Erbe erhalten ſoll, indem er z. B. auf dieſe Weiſe disponirt: »A. ſoll mein Erbe ſein in einem Viertel, B. ſoll mein Erbe ſein in drei Viertel.« Ueberall nun, wo ein Erbe mit Bezeichnung einer beſtimmten Quote eingeſetzt iſt, da wird er ein Heres ex certa parte institutus genannt. Es kann nun aber auch ſein, daß der Teſtator ſich über das Wieviel gar nicht näher ausläßt; daß er nur ſchlechthin ſagt, der und der ſoll mein Erbe ſein. Ueberall nun, wo in einem ſolchen Falle der Erbe nur einen Theil der Erbſchaft bekommen kann, da bezeichnet man den Umſtand, daß der Teſtator dieſen Theil nicht ausdrücklich beſtimmt habe, auf die Weiſe; man ſagt: der Erbe iſt ein Heres sine parte institutus [1]).

Was nun den Fall betrifft, da der Teſtator einen Erben ex certa parte inſtituirt, ſo iſt es nothwendig, die Art der Bezeichnung der Erbſchaftstheile zu kennen, welche bei den Römern die gewöhnliche war; außerdem kann man viele Stellen, welche ſich auf die Vertheilung der Erbſchaft beziehen, gar nicht verſtehen. Mit jener Bezeichnungsart nun verhält es ſich ſo: Die Römer hatten überhaupt die Gewohnheit, die Art der Rechnung, deren ſie ſich bei der Münze bedienten, welche ſie As nannten, auf jedes andere Ganze zu übertragen — und auf gleiche Weiſe verfuhren ſie mit den auf jene Rechnung ſich beziehenden Benennungen. So bedeutete alſo As im weitern Sinn

1) In L. 13. C. h. t. (ſ. d. vor. §. Note 4.) kommt »ex certa parte« und »sine parte scripti« vor.

überhaupt jedes Ganze — und der Ausdruck **Dupondius**, welcher einen *doppelten* As bezeichnet, ward auch da gebraucht, wo von der Verdoppelung irgend eines anderweitigen Ganzen die Rede war. Eben ſo verhielt es ſich mit den Theilen des As und deren Benennung. Bei jedem andern Ganzen bediente man ſich derſelben Eintheilung und Bezeichnung. Es ward aber der As in *zwölf* Theile getheilt, deren jeder einzelne mit dem Namen Uncia bezeichnet wird. Eine *halbe* Unze hieß Semuncia. Anderthalb Unzen nannte man Sescunx oder Sescuncia. Für *zwei* Unzen brauchte man den Ausdruck Sextans = 1/6,
für *drei* den Ausdruck Quadrans = 1/4.

4	Unzen	hießen	Triens	=	1/3.
5	"	"	Quincunx	=	5/12.
6	"	"	Semis	=	1/2.
7	"	"	Septunx	=	7/12.
8	"	"	Bes	=	2/3.
9	"	"	Dodrans	=	3/4.
10	"	"	Dextans	=	5/6.
11	"	"	Deunx	=	11/12.

Was ich hier über die Behandlung, über die Eintheilung eines Ganzen überhaupt geſagt habe, das gilt nun namentlich auch von den quantitativen Verhältniſſen einer Erbſchaft. Es war gewöhnlich, die Antheile der Erben nach der Analogie der Theile des As zu beſtimmen [2]). Und darauf beziehen ſich denn die in unſern Quellen ſo häufig vorkommenden Ausdrücke: Heres ex **dodrante**, ex **besse**, ex **semisse**, ex **triente**, ex **quadrante** u. ſ. w. Und in Uebereinſtimmung damit wurde derjenige, welcher allein die ganze Erbſchaft erhält, Heres ex asse genannt.

Uebrigens muß ich bemerken: wenn ſchon die angeführte Art der Vertheilung und der Bezeichnung die gewöhnliche war bei den Römern, ſo war ſie doch keineswegs die abſolut nothwendige. Der Teſtator konnte, wenn er wollte, die Antheile der Erben auch in ſolchen Brüchen beſtimmen, welche ſich auf die Theile des As nicht zurückführen ließen.

2) §. 5. I. h. t. L. 13. §. 1. L. 50. §. 2. D. h. t.

§. 837.

β. In Betreff des Erfolges.

Hat der Teſtator nur Einen Erben ernannt, ſo wird dieſer immer die ganze Erbſchaft erhalten, er wird jederzeit Heres ex asse ſein, ſelbſt wenn der Teſtator ihm nur eine beſtimmte Quote angewieſen haben ſollte. Z. B. wenn der Teſtator ſo geſagt hat: „Titius ſoll mein Erbe ſein ex semisse,“ ohne daß ſonſt noch, außer dem Titius, irgend ein Anderer zum Erben eingeſetzt iſt. Hier wird Titius nicht nur die ihm angewieſene, ſondern auch die andere Hälfte der Erbſchaft erhalten. Denn was ſollte ſonſt aus dieſer andern Hälfte werden? Daß in Beziehung auf ſie der Teſtator gar nicht repräſentirt wird, iſt unzuläſſig, denn jeder Verſtorbene ſoll vollſtändig repräſentirt werden; es ſind daher nur zwei Auswege denkbar: entweder dieſe Hälfte geht auf die Inteſtaterben über — oder ſie accreſcirt der dem Titius angewieſenen Hälfte. Jenes nun aber iſt, obſchon denkbar, doch unzuläſſig, nach der Regel: »Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.« Mithin bleibt nichts übrig, als nur der zuletzt angeführte Ausweg. Das Reſultat iſt alſo: Ueberall, wo der Teſtator nur Einen Erben ernannt hat, da iſt dieſer Heres ex asse [1]).

Hat der Teſtator mehre Erben ernannt, ſo kann der Erfolg, nach Verſchiedenheit der Vorausſetzungen, ſehr verſchieden ausfallen. Wir müſſen hier nämlich drei Hauptfälle unterſcheiden.

A. Alle ſind sine parte scripti. Hier iſt es dem vermuthlichen Willen des Teſtators offenbar gemäß, gleiche Theile anzunehmen [2]).

B. Alle ſind ex certa parte scripti.

Dieſer zweite Fall kann in einer dreifachen Art vorkommen. Nämlich:

1. Es kann ſein, daß die Summe der von dem Teſtator angewieſenen Theile mit dem Betrage der Erbſchaft genau über-

1) §. 5. I. h. t. L. 33. D. h. t. coll. L. 27. pr. D. eod.

2) §. 6. I. h. t. L. 9. §. 12. D. h. t.

einſtimmt; und dann macht ſich die Vertheilung der Erbſchaft von ſelbſt.

2. Es kann nun aber auch die Summe der vom Teſtator beſtimmten Theile hinter dem Betrage der Erbſchaft zurückbleiben: dann wird eine Vergrößerung der Erbantheile nothwendig werden. Denn, ſo wenig da, wo der Teſtator nur Einen Erben inſtituirt hat, von der Erbſchaft etwas übrig bleiben darf, eben ſo wenig iſt dies zuläſſig, wenn der Erben mehre ſind.

3. Endlich, es kann ſein, daß die Summe der vom Teſtator beſtimmten Theile den Betrag der Erbſchaft überſteigt. Daß hier der Wille des Teſtators nicht zur Ausführung gebracht werden kann, das beruhet nicht auf irgend einem juriſtiſchen Princip, ſondern die Natur der Sache macht eine Verminderung der von dem Teſtator bezeichneten Erbantheile nothwendig.

Uebrigens erfordert nun aber die Rückſicht auf den vermuthlichen Willen des Teſtators, überall, wo eine Vergrößerung oder Verminderung der einzelnen Erbantheile Statt finden muß, wenigſtens das von dem Teſtator beſtimmte Verhältniß der Erbantheile zu einander aufrecht zu erhalten. Daſſelbe Verhältniß, welches ohne Vergrößerung und ohne Verminderung zwiſchen dem Antheile des A. und dem Antheile des B. Statt finden würde, eben dieſes Verhältniß muß auch dann noch vorhanden ſein, wenn die beiderſeitigen Antheile eine Vergrößerung oder Verminderung erfahren haben. Dieſer Zweck aber einer verhältnißmäßigen Vergrößerung oder Verminderung wird durch die Anwendung folgender Rechnungs-Regel erreicht:

Sind die Brüche, durch welche der Teſtator die Quoten der einzelnen Erben bezeichnet hat, nicht gleichnamig, ſo müſſen ſie vor Allem unter Einen Nenner gebracht werden. Iſt dieſes geſchehen, oder waren die Brüche ſchon an und für ſich gleichnamig, ſo wird nun der wirkliche Antheil jedes einzelnen Erben durch einen Bruch bezeichnet, bei welchem der Zähler unverändert bleibt, während der Nenner der Summe ſämmtlicher Zähler gleichgeſetzt wird.

Ich will das Geſagte durch Beiſpiele erläutern:

a. Es ſind eingeſetzt A. auf 1/3, B. auf 1/4, C. auf 1/6.

Die Summe dieſer Theile erſchöpft die Erbſchaft nicht. Erhielten die Erben nur eben dieſe, von dem Teſtator bezeichneten Antheile, ſo würde 1/4 der Erbſchaft übrig bleiben. Es iſt daher eine verhältnißmäßige Vergrößerung der einzelnen Antheile nothwendig. Zu welcher Quote wird nun aber dadurch der Antheil jedes Einzelnen erhöht werden?

Zuerſt müſſen wir die von dem Teſtator bezeichneten Brüche unter Einen Nenner bringen. Dies gibt für den A. 4/12, für den B. 3/12, und für den C. 2/12.

Nun laſſen ſich leicht die Brüche angeben, welche bei verhältnißmäßiger Vergrößerung in die Stelle der eben gefundenen treten müſſen. Nämlich die Zähler werden wir überall beibehalten, aber der gemeinſchaftliche Nenner wird nicht 12 ſein, ſondern 9; ſoviel nämlich beträgt die Summe der Zähler: 4 + 3 + 2. Das Reſultat iſt:

A. erhält nicht 4/12, ſondern 4/9, und eben ſo bekommt B. 3/9, und C. 2/9.

b. Es ſind eingeſetzt A. auf 1/2, B. auf 1/3, C. auf 1/4, D. auf 1/4. Die Summe dieſer Antheile überſteigt das Ganze um 1/3. Es iſt daher verhältnißmäßige Verkürzung der einzelnen Antheile nothwendig. Wie aber bei einer ſolchen Verkürzung die einzelnen Antheile zu ſtehen kommen, das finden wir auf folgendem Wege:

Zuerſt machen wir auch hier die von dem Teſtator bezeichneten Brüche gleichnamig. Dann lauten ſie ſo:

A. = 6/12, B. = 4/12, C. = 3/12, D. = 3/12.

Jetzt kommt es darauf an, für die neuen Brüche den gemeinſchaftlichen Nenner zu finden. Dieſer ergibt ſich aus der Addition der Zähler: 6 + 4 + 3 + 3 = 16.

Alſo: ſo viele Zwölftel jeder Einzelne nach der Dispoſition des Teſtators erhalten ſollte, ſo viele Sechzehntheile wird er jetzt erhalten. A. nämlich wird bekommen 6/16, B. 4/16, C. 3/16 und D. ebenfalls 3/16 [3]).

3) Die Beweisſtellen, wodurch ſich die Reſultate der hier unter B. gelieferten Darſtellung ergeben, ſind: L. 13. §. §. 1—7. L. 15. §. 1. L. 16. D. h. t. §. 7. I. h. t.

C. Der dritte Hauptfall iſt der, da der Teſtator Einige ex certa parte, Andere sine parte inſtituirt hat. Auch dieſer Fall kann in einer dreifachen Geſtalt vorkommen:

1. Es kann ſein, daß die Summe der, von dem Teſtator ihrer Größe nach beſtimmten, Erbantheile von der Erbſchaft noch etwas übrig läßt: dann erhalten die sine parte Inſtituirten dieſes Uebrigbleibende, und zwar im Zweifel zu gleichen Theilen [4]). Z. B.: Es ſind eingeſetzt A. auf 1/3; B. auf 1/3; C., D. ohne Beſtimmung eines Theils. Hier erhalten C. und D. zuſammen 1/3; jeder 1/6.

2. Es kann ſein, daß die Summe der beſtimmten Theile ſchon für ſich allein das Ganze erſchöpft, indem ſie dem Ganzen gleich iſt — oder es kann wohl gar

3. dieſe Summe mehr betragen, als das Ganze.

Das gemeinſame Princip für beide zuletzt erwähnten Fälle iſt dieſes: Die sine parte Inſtituirten dürfen nicht leer ausgehen; das würde der Abſicht des Teſtators entgegen ſein. Was ſie erhalten, muß nun aber ferner zu demjenigen, was die ex certa parte Inſtituirten bekommen, in einem, dem vermuthlichen Willen des Teſtators angemeſſenen, Verhältniſſe ſtehen. Daher muß man denn ſtatt Eines Aſſes mehre Aſſe annehmen; und zwar in jedem Falle ſo viele, daß einmal jeder ex certa parte institutus den ihm angewieſenen Theil wenigſtens dem Namen nach bekomme, und ſodann für die sine parte Inſtituirten noch etwas übrig bleibe. Das Reſultat iſt natürlicher Weiſe immer dieſes, daß die ex certis partibus instituti eine verhältnißmäßige Verkürzung der ihnen beſtimmten Antheile erfahren.

Wenden wir nun dieſes allgemeine Princip zuerſt an auf den zweiten Fall — auf denjenigen nämlich, wo die Summe der beſtimmten Theile dem Ganzen gerade gleich iſt — ſo werden wir hier jederzeit damit ausreichen, daß wir die Erbſchaft anſehen als aus zwei Aſſen beſtehend: den einen As werden wir den ex certa parte institutis anweiſen, den andern werden

4) §. 6. I. h. t. L. 17. pr. D. h. t.

diejenigen erhalten, welche sine parte inſtituirt ſind. Mit andern Worten: Wir werden die Erbſchaft in zwei Hälften theilen; und indem wir die ex certa parte Inſtituirten auf die eine dieſer Hälften beſchränken, ſo werden wir dadurch die andere für die sine parte Inſtituirten erübrigen. Natürlich erhält nun aber bei dieſem Verfahren jeder Einzelne, welcher ex certa parte inſtituirt iſt, nur die Halbſchied desjenigen Erbantheils, welchen der Teſtator ihm angewieſen hat [5]).

3. B. A. iſt auf 2/3 inſtituirt, B. auf 1/3, C., D. ohne Beſtimmung von Theilen.

Hier erhalten A. und B. die ihnen angewieſenen Drittel nicht von dem Ganzen, ſondern von einer Hälfte des Ganzen. Die andere Hälfte erhalten, und zwar im Zweifel zu gleichen Theilen, C. und D. Das Reſultat iſt dieſes: A. und B., indem ſie ihre Drittel von einer Hälfte erhalten, bekommen von dem Ganzen nur Sechſtel, der A. 2/6, der B. 1/6, C. und D. aber, unter welche die andere Hälfte gleichmäßig getheilt wird, erhalten von dem Ganzen jeder 1/4.

Bei der Anwendung unſeres Grundſatzes auf den dritten Fall kann es ſein, daß man hier ebenfalls mit der Annahme von zwei Aſſen ausreicht; es iſt aber auch möglich, daß man mehr, als zwei Aſſe anzunehmen genöthigt iſt [6]).

Nämlich, überall, wo die Summe der vom Teſtator beſtimmten Theile mehr zwar als das Ganze beträgt, doch aber noch keine zwei Ganze; da genügt es, die Erbſchaft, als aus zwei Aſſen beſtehend, anzuſehen — mit andern Worten, es genügt, die beſtimmten Erbantheile auf die Hälfte ihres Betrages zu reduciren; denn dadurch wird jederzeit der Zweck erreicht werden, für die sine parte Inſtituirten einen Theil der Erbſchaft zu erübrigen.

Ein hieher gehöriges Beiſpiel enthält die L. 87. D. h. t.: »A. ſoll in 6 Unzen Erbe ſein; B. in 8 Unzen; C. ſoll ebenfalls Erbe ſein.« Hier beträgt die Summe der vom Teſtator beſtimmten Theile 14 Unzen, alſo 2 Unzen mehr als das Ganze;

5) cit. §. 6. I. h. t. L. 17. §. §. 3. 4. L. 53. D. h. t.

6) §. 8. I. h. t. L. 18. L. 87. D. h. t.

aber ſie macht doch lange noch nicht zwei Ganze aus. Es reicht alſo hin, die Antheile des A. und des B. auf die Hälfte herabzuſetzen. Dann gibt man dem A. 3 und dem B. 4 Unzen, ſo bleiben alsdann noch 5 Unzen für den C.

Sobald aber die Summe der beſtimmten Antheile volle zwei Ganze ausmacht, ſo müſſen, damit die sine parte Inſtituirten nicht leer ausgehen, drei Aſſe angenommen werden, d. h. die beſtimmten Antheile müſſen auf den dritten Theil ihres Betrages herabgeſetzt werden [7]). Steigt die Summe der beſtimmten Antheile bis auf drei Ganze, ſo werden wir genöthigt ſein, vier Aſſe anzunehmen u. ſ. w.

§. 838.

b. Einzelne Bemerkungen.

1. Wenn der Teſtator unter mehren Perſonen, welche er sine parte inſtituirt, einige unter einem Collectivnamen zuſammenfaßt, ſo gelten dieſe im Verhältniß zu den Uebrigen, im Zweifel, für Eine Perſon, d. h. ſie erhalten zuſammengenommen Einen und denſelben Antheil. Z. B. „Gajus und meines Bruders Kinder ſollen meine Erben ſein.“ Hier werden, im Zweifel, des Bruders Kinder zuſammengenommen die Eine Hälfte der Erbſchaft erhalten, während die andere dem Gajus allein zu Theil wird [1]).

2. Wenn der Teſtator unter mehren sine partibus inſtituirten Perſonen Einige individuell bezeichnet, aber in Einem und demſelben Satze zu Erben ernannt hat; ſo werden auch die auf ſolche Weiſe Verbundenen im Verhältniſſe zu den Uebrigen für Eine Perſon gerechnet. Z. B. „Titius ſoll mein Erbe ſein; Sejus und Mävius ſollen meine Erben ſein.“ Hier erhält Titius die eine; Sejus und Mävius erhalten zuſammen die andere Hälfte [2]).

3. Ueberall, wo Mehre zuſammengenommen eine und dieſelbe Erbportion erhalten ſollen, ohne daß der Teſtator aus-

7) L. 17. §. ult. D. h. t. cit. §. 8. I. h. t.

1) L. 13. pr. D. h. t.

2) L. 59. §. 2. L. 17. §. 4. D. h. t.

drücklich angegeben hat, daß und wie ſie dieſelbe unter ſich theilen ſollen, da ſind die durch den Concurs entſtehenden Theile gleiche Theile [3]).

4. Ganz beſondere Erwähnung verdient hier noch die L. 23. pr. C. d. legatis. VI, 37., eine Conſtitution von Juſtinian. Denken wir uns: Jemand hat den A. ex asse, alſo in 12 Unzen, zum Erben eingeſetzt, und hierauf den B. in irgend einer Quote des Ganzen, z. B. in einer Hälfte, zum Erben ernannt. Wie wird dieſer Fall zu beurtheilen ſein? Den früher entwickelten Grundſätzen zu Folge werden wir ſagen müſſen: A. und B. werden jeder einen verhältnißmäßigen Abzug erfahren, und ſo wird alſo, wenn B. in 1/2 inſtituirt iſt, die Theilung ſo zu ſtehen kommen: A. erhält 2/3 und B. 1/3. Ein Fall dieſer Art kommt vor in der L. 13. §. 6. D. h. t.: Der Teſtator hat zwei Erben gemeinſchaftlich ex asse, alſo in 12 Unzen inſtituirt, einen Dritten aber in 8 Unzen. Hier, ſagt Ulpianus, werden die erſten beiden Erben 12 und der dritte wird 8 Zwanzigtheile davontragen. Dieſe Entſcheidung iſt unſerem Grundſatze vollkommen gemäß. Im Widerſpruche mit dieſem Grundſatze ſteht nun aber die angeführte Juſtinianiſche Conſtitution. Da heißt es: Aeltere Juriſten wären über die Entſcheidung des Falls ſehr verſchiedener Meinung geweſen, da Jemand den Einen in 12 Unzen und nachher einen Andern in 6 Unzen zum Erben eingeſetzt hat. Aber es ſei klar, daß bei einer Dispoſition dieſer Art der Teſtator die Abſicht gehabt habe, dem zuerſt ernannten Erben von den ihm verliehenen 12 Unzen 6 zu entziehen, und dieſe dem ſpäter ernannten Erben zuzuwenden. Dieſer Abſicht gemäß müſſe alſo jeder der beiden Erben 6 Unzen erhalten. Oder wäre etwa der zweite Erbe nur in 4 Unzen inſtituirt, ſo müßte der erſte ſich mit 8 Unzen begnügen. Und ſo, ſagt Juſtinian, ſolle es in jedem ähnlichen Falle gehalten werden. — Hierbei iſt nun Folgendes zu bemerken:

1. Von jener Verſchiedenheit der Meinungen, welche nach Juſtinian's Verſicherung Statt gefunden haben ſoll, findet ſich ſonſt nirgend eine Spur.

3) L. 15. pr. D. h. t.

2. Juſtinian's Entſcheidung läßt ſich nicht auf jeden Fall anwenden, wo die Summe der angewieſenen Erbantheile das Ganze überſteigt; es wird daher durch jene Entſcheidung die Regel, welche früherhin für die Beurtheilung dieſes Falls aufgeſtellt worden iſt, als ſolche keineswegs aufgehoben. Sondern Juſtinian's Entſcheidung iſt durch ganz ſpecielle Vorausſetzungen bedingt. Dieſe Vorausſetzungen aber ſind: Einer muß ex asse, ein Anderer muß in eine Quote des Ganzen inſtituirt ſein. Ferner, die Erbeseinſetzung in das Ganze muß vorangehen, die Erbeseinſetzung in eine Quote aber muß nachfolgen; denn ſonſt läßt ſich ja nicht ſagen, der Teſtator habe durch die Erbeseinſetzung des B. in eine Quote, die Erbeinſetzung des A. in das Ganze, zum Theil zurücknehmen wollen. Und das eben iſt die Interpretatio voluntatis, von welcher Juſtinian ausgeht, auf der allein ſeine ganze Entſcheidung beruht.

3. Es fragt ſich nun noch beſonders nach dem Verhältniß, in welchem unſere Entſcheidung zu der vorhin angeführten L. 13. §. 6. D. h. t. ſteht. Der Fall dieſer Stelle war folgender: Es ſind ihrer zwei gemeinſchaftlich ex asse inſtituirt, und dann iſt ein Dritter in 8 Unzen eingeſetzt. Der Umſtand, daß wir es hier mit drei und nicht mit zwei Erben zu thun haben, kann wohl um deswillen nichts releviren, weil die erſten beiden Erben gemeinſchaftlich ex asse inſtituirt ſind, und daher im Verhältniß zu dem Dritten für Eine Perſon gelten. Und ſo müſſen wir denn, wie es ſcheint, ſagen: die in dieſer Pandektenſtelle enthaltene Entſcheidung iſt durch die Juſtinianiſche Conſtitution aufgehoben. Dabei erregt indeſſen der Umſtand Bedenken, daß Juſtinian's Conſtitution in die Zeit vor Verfertigung der Pandekten fällt; ſie iſt älter als die Conſtitution Deo auctore, in welcher Juſtinian dem Tribonianus Auftrag zur Verfertigung der Pandekten ertheilte. Es ſcheint daher: Die Compilatoren der Pandekten haben nicht geglaubt, daß die L. 13. §. 6. D. h. t. mit jener Conſtitution im Widerſpruch ſtehe; ſonſt hätten ſie dieſelbe wohl nicht in die Pandekten aufgenommen. Vielleicht läßt ſich die Pandektenſtelle mit Juſtinian's Conſtitution auf die Weiſe ausgleichen, daß wir annehmen,

Juſtinian ſetze voraus, daß die ſpätere Inſtitution eines Andern in eine einzelne Quote der Inſtitution in das Ganze nicht unmittelbar folge, ſondern ex intervallo, dergeſtalt, daß ſich annehmen läßt, der Teſtator habe während der Errichtung des Teſtaments, in der Zwiſchenzeit zwiſchen der Anordnung der erſten und zweiten Inſtitution, ſeine Abſicht geändert [4]).

III. Von den Substitutionen. (§. §. 839—849.)

† INST. II, 15. De vulgari substitutione. II, 16. De pupillari substitutione. — † DIG. XXVIII, 6. De vulgari et pupillari substitutione. — † COD. VI, 26. De impuberum et aliis substitutionibus.

§. 839.

A. Einleitung.

Der Ausdruck Substitutio kommt in verſchiedenen Beziehungen vor:

1. Wenn Jemand ſich einen Erben ernennt, und auf den Fall, daß dieſe Erbeseinſetzung unwirkſam bleiben ſollte, eine andere anordnet, ſo nennt man dieſe letztere Erbeseinſetzung eine Substitutio. §. §. 840—843.

2. Ferner: Wenn der Vater beſtimmt, wer ſeines unmündigen Kindes Erbe ſein ſolle, Falls das Kind ihn überlebe und demnächſt noch vor erlangter Mündigkeit ſelbſt mit Tode abgehe, ſo nennt man dieſe Erbeseinſetzung ebenfalls eine Substitutio. §. §. 844—848.

Beide Fälle jedoch pflegt man durch gewiſſe eigenthümliche Beiwörter zu unterſcheiden. Die zuletzt erwähnte Substitutio nennt man pupillaris substitutio, aus dem Grunde, weil dabei jederzeit ein Pupill vorausgeſetzt wird, welchem der zum Erben Ernannte ſuccediren ſoll. Dagegen wird jene Substitutio, deren ich zuerſt gedachte, vulgaris substitutio genannt, und zwar deßhalb, weil ſie nicht auf ſo eigenthümliche Voraus-

4) Auf dieſe Weiſe ſucht den Widerſpruch beider Stellen zu heben: Averanius, Interpretationes, Lib. IV. c. 11. — Außerdem iſt über die L. 23. C. d. legat. VI, 37. zu vergleichen Schrader, Civiliſt. Abhandlungen, S. 223. folg., der indeſſen mit der hier vorgetragenen Anſicht nicht überall übereinſtimmt.

ſetzungen beſchränkt iſt, wie die **pupillaris substitutio**; weshalb ſie denn natürlicher Weiſe häufiger vorkommen muß, als dieſe.

3. Wie nun aber der Vater ſeinem unmündigen Kinde einen Erben geben kann, ſo können Aeltern auch ihren wahnſinnigen Kindern einen Erben ernennen; auf den Fall nämlich, daß dieſe Kinder ſterben ſollten, ohne den Gebrauch ihres Verſtandes wieder erworben zu haben. Man nennt heutiges Tages dieſe **Substitutio**, wegen ihrer Aehnlichkeit mit der **pupillaris substitutio**, **Substitutio quasi pupillaris.** §. 849.

B. Von der Vulgar-Subſtitution. (§. §. 840—843.)

§. 840.

a. Allgemeiner Begriff derſelben.

Der Begriff der Vulgar-Subſtitution ſetzt den Begriff der Grade bei der Erbeseinſetzung voraus. Von dieſen müſſen wir alſo ausgehen:

Wenn der Teſtator mehre Inſtitutionen in ein ſolches Verhältniß zu einander geſtellt hat, daß, ſobald die eine unwirkſam bleibt, die andere ſtatt ihrer wirkſam werden ſoll, ſo nennt man jede einzelne dieſer Erbeseinſetzungen einen Grad. In der Zahl dieſer Grade iſt der Teſtator unbeſchränkt; er kann ſo viel Grade machen, als er will [1]). Hierauf nun beziehen ſich die häufig vorkommenden Redensarten: **heredem primo, secundo, tertio .... gradu instituere, scribere** [2]).

Nämlich, wenn die Rede iſt von einem **Heres primo gradu institutus**, ſo denkt man ſich darunter einen Solchen, deſſen Erbeseinſetzung unabhängig iſt von der Unwirkſamkeit irgend einer Inſtitution außer ihr — während ihre eigene Unwirkſamkeit die Bedingung iſt, unter welcher eine anderweitige Erbeseinſetzung ſich wirkſam erweiſen ſoll; derjenige aber, auf welchen ſich dieſe anderweitige Erbeseinſetzung bezieht, wird He-

1) pr. I. h. t. L. 36. pr. D. h. t. XXVIII, 2. L. 23. D. quae in fraud. creditor. XLII, 5.

2) So z. B. Ulpian. XXII. §. 33. L. 11. D. d. lib. et postum.

res secundo gradu institutus genannt u. ſ. w. In eben dieſem Sinne ſpricht man auch von Heredibus primis und secundis [3]). Indeſſen iſt dabei doch zu bemerken, daß die Ausdrücke primus heres, secundus heres bei weitem nicht immer auf die Verſchiedenheit der Grade gehen, ſondern ſich häufig nur auf den Ordo scripturae beziehen [4]). Und auf ähnliche Weiſe verhält es ſich mit dem Ausdrucke Locus. Dieſer wird nicht ſelten mit Gradus gleichbedeutend gebraucht, ſo daß z. B. Heres primo loco institutus daſſelbe ſagt, was Heres primo gradu institutus bezeichnet [5]); und secundo loco heredem scribere eben ſo viel iſt, als secundo gradu heredem scribere [6]). Häufig aber bezeichnet Locus auch nur den Platz, den eine Erbeseinſetzung im Teſtamente einnimmt. Und dieſer hat, um es gleich hier zu bemerken, mit der Beſtimmung der Grade nichts zu theilen. Wer in eines andern unmittelbar Inſtituirten Stelle eintreten ſoll, der iſt secundo gradu scriptus, auch wenn er nach dem Ordo scripturae dieſem Andern vorangeht, alſo im Teſtamente früher genannt iſt, als dieſer [7]).

Uebrigens heißt nun da, wo von mehren Graden die Rede iſt, der erſte Grad der Inſtitution auch Institutio ſchlechthin, im engern, eminenten Sinne des Wortes, und auf ähnliche Weiſe verhält es ſich natürlich mit den Ausdrücken »instituere, institutus.« Der zweite Grad aber der Inſtitution, und eben ſo jeder folgende wird mit einem eigenthümlichen Ausdrucke Substitutio genannt; woraus ſich von ſelbſt die Bedeutung von substituere und substitutus ergibt. Auf dieſe Weiſe nimmt nur der, dem Institutus unmittelbar Subſtituirte, welcher in Bezug auf die Inſtitution überhaupt im zweiten Grade ſteht, in Hinſicht auf die Subſtitution den erſten Grad ein u. ſ. w. [8]).

3) Siehe u. A. cit. L. 14. D. d. lib. et postum. XXVIII, 2.

4) So L. 15. §. 1. L. 87. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

5) So in L. 27. D. ad leg. Falcid. XXXV, 2. L. 88. §. 4. D. d. legat. II. L. 2. §. 4. D. d. B. P. s. t. XXXVII, 11.

6) So L. 4. D. d. SCto Silaniano. XXIX, 5.

7) Vergl. L. 2. §. 6. D. h. t. L. 28. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

8) Daher der Ausdruck »primo loco substitutus« in der L. 46. D.

Nach dieſem Allen läßt ſich nun der Begriff der Subſtitution, nämlich der **vulgären** Subſtitution, von welcher allein hier die Rede iſt, auf dieſe Weiſe feſtſetzen:

Die Subſtitution iſt eine Inſtitution, welche der Teſtator zu einer andern Inſtitution in ein ſolches Verhältniß geſtellt hat, daß aus ihr die Erbſchaft deferirt werden ſoll, ſobald jene andere Inſtitution unwirkſam bleibt.

§. 841.

b. Nähere Entwickelung der in dem Begriffe der Vulgar-Subſtitution enthaltenen Vorausſetzungen.

1. Jede Subſtitution ſetzt nothwendig eine andere Erbeseinſetzung voraus, worauf ſie ſich bezieht. Hieraus folgt:

Wo Jemand einem Andern, welcher ſelbſt gar nicht zum Erben eingeſetzt worden, ſubſtituirt iſt, da muß die Subſtitution als nichtig erſcheinen. Wie wenn der Teſtator den A. überall nicht zum Erben ernannt, und nun doch geſagt hat: „Falls A. mein Erbe nicht wird, ſo ſoll B. Erbe ſein“ [1]).

Von anderer Art iſt der Fall, da der Teſtator den A. in der That im erſten Grade zum Erben eingeſetzt, ihm aber den B. dergeſtalt ſubſtituirt hat, daß die Subſtitution in Bezug auf die Quantität des Objects die Inſtitution überſchreitet. Hier kann zwar die Erbeseinſetzung des B., inwiefern ſie auf ein Mehres geht, nicht als Subſtitution angeſehen werden; allein ſie iſt doch auch inſofern nicht ungültig; ſondern in dem Ueberſchuß gilt ſie als eine, wenn gleich bedingte, Inſtitution des erſten Grades [2]).

2. Die Inſtitution darf nicht eine bloße Wiederholung einer früheren Erbeseinſetzung ſein; ſondern zwiſchen der Subſtitution und derjenigen Erbeseinſetzung, worauf ſie ſich bezieht, muß irgend ein materieller Unterſchied Statt finden. In der Regel wird dieſer darin beſtehen, daß beide auf verſchiedene Subjecte

h. t. Im Uebrigen verweiſe ich wegen des Gegenſatzes zwiſchen Institutio und Substitutio auf L. 1. pr. D. h. t. Ulp. XXII. §. 33.

1) Siehe L. 19. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

2) L. 9. §. 15. L. 15. §. 1. L. 16. D. eod.

gerichtet ſind; aber nothwendig iſt dies nicht, ſondern, wenn nur ſonſt die Causa institutionis verändert wird, ſo kann ſehr wohl Jemand ſich ſelbſt ſubſtituirt werden. So mag Einer, welcher sub conditione inſtituirt iſt, pure ſich ſelbſt ſubſtituirt werden; eine Anordnung, bei der man freilich vorausſetzen muß, daß der Teſtator zu gleicher Zeit für gut gefunden habe, in Hinſicht auf die Belaſtung des Erben bei der Subſtitution eine Aenderung zu treffen, ihm alſo z. B., Falls er ex substitutione Erbe werden ſollte, mehr Legate aufzulegen, als in dem Falle, da er ex institutione Erbe würde; wenigſtens läßt ſich ſonſt nicht wohl abſehen, was den Teſtator hätte bewegen mögen, den Erben nicht lieber ſogleich pure zu inſtituiren [3]).

3. Die Erbſchaft wird ex substitutione nur deferirt unter der Vorausſetzung, daß eine gewiſſe andere Erbeseinſetzung ohne Wirkung bleibe, daß alſo derjenige, auf den dieſelbe ſich bezieht, nicht Erbe werde — und ſo iſt denn jede Subſtitution eine bedingte Erbeseinſetzung. Wenn daher von einer pura substitutio geſprochen wird im Gegenſatz gegen eine conditionalis substitutio, ſo muß dies ſo verſtanden werden: pura substitutio iſt diejenige, welche bedingt iſt allein durch die in jeder Subſtitution ſchon ihrem Begriffe nach enthaltene Bedingung, alſo durch die Bedingung: Wenn der und der nicht Erbe wird. Conditionalis dagegen iſt eine Subſtitution, welche außerdem noch von irgend einer anderweitigen Bedingung abhängig gemacht iſt; z. B. »A. ſoll mein Erbe ſein. Wenn aber A. mein Erbe nicht wird, und auch keiner meiner Verwandten mich überlebt; ſo ſoll alsdann B. Erbe ſein.“

Was nun aber betrifft die weſentliche Bedingung der Subſtitution, ſo kann die Erfüllung derſelben auf eine zweifache Weiſe herbeigeführt werden: Es kann ſein, daß demjenigen, welchem ſubſtituirt iſt, der Erwerb der Erbſchaft unmöglich geworden iſt — es kann aber auch ſein, der, welchem ſubſtituirt iſt, will nicht Erbe ſein. Daß dieſer letztere Fall bei einem extraneus, bei einem voluntarius heres eintreten

3) Vergl. L. 10. §. ult. D. h. t. insbeſondere aber L. ult. §. 1. D. eod.

könne, liegt am Tage. Aber es fragt ſich, kann er auch vorkommen bei einem suus heres?

Bei einem suus heres, der nicht etwa ausdrücklich unter der Bedingung »si volet« zum Erben eingeſetzt iſt, kann allerdings, nach der Strenge des Civilrechts, von einem Nichtwollen keine Rede ſein, ein ſolcher wird ja im Augenblicke der ihm deferirten Erbſchaft ſofort, ſelbſt wider ſeinen Willen, Erbe. Indeſſen, wenn ein ſolcher Suus ſich des Beneficii abstinendi bedient, ſo wird der Subſtitut, wenn er ſchon nicht Erbe werden kann im Sinne des Civilrechts, dennoch zugelaſſen, auf die Weiſe, daß der Prätor ihm Bonorum possessio secundum tabulas gibt [4]).

§. 842.

c. Ueber die Wirkungen der Vulgar-Subſtitution.

Wenn die Bedingung der Vulgar-Subſtitution in Erfüllung geht, ſo wird nunmehr auf den Grund derſelben die Erbſchaft dem Subſtituten deferirt. Und wenn dieſer die ihm ex substitutione deferirte Erbſchaft wirklich erwirbt, ſo iſt dann eine fernere Folge dieſe: Ohne die Subſtitution wäre vielleicht die geſetzliche Erbfolge eingetreten; dieſe wird nun durch die Wirkſamkeit der Subſtitution ausgeſchloſſen. Oder denken wir uns, es ſind Miterben vorhanden, denen, ohne die Subſtitution der Antheil desjenigen, in deſſen Stelle jetzt der Subſtitut eintritt, nach den Grundſätzen des Jus accrescendi zugefallen ſein würde, ſo wird nun durch die Subſtitution dieſes bewirkt, daß das Jus accrescendi ſich nicht wirkſam erweiſen kann [1]).

Aus dieſen Wirkungen der Subſtitution ergibt ſich nun zugleich der Zweck derſelben. Ich muß indeſſen bemerken, daß zu den hier angedeuteten Zwecken zur Zeit der claſſiſchen Juriſten noch ein ganz eigenthümlicher Zweck hinzukam. Nämlich: nach dem Rechte jener Zeit gab es eine Menge von Fällen, in denen eine vacante Erbportion als caduc behandelt wurde. Eine

4) Arg. L. 41. D. d. re jud. XLII, 1.

1) Vergl. L. 2. §. 8. D. d. B. P. s. t. XXXVII, 11. Nov. 1. c. 1. §. 3.

ſolche Erbportion fiel der Regel nach dem Aerarium zu — nur wenn unter den in dem Teſtamente des Verſtorbenen bedachten Perſonen ſolche waren, welche Kinder hatten, ſo gingen dieſe dem Aerarium vor; ſie konnten nun die caduc gewordene Erbportion in Anſpruch nehmen [2]). Auf dieſe Weiſe verhielt es ſich, wenn kein Subſtitut vorhanden war. War aber ein ſolcher da, und war er des Erwerbes fähig, fehlte es ihm nicht an der erforderlichen Capacität, ſo ward dann die vacante Erbportion nicht caduc; vielmehr erhielt dieſelbe der Subſtitut. Und daher beſtand denn in jener Zeit ein Hauptzweck bei der Subſtitution darin, der Caducität und ihren Folgen vorzubeugen. Aber für das Juſtinianiſche Recht iſt die ganze Lehre von der Caducität antiquirt; und ſo fällt denn auch der eben bezeichnete Zweck hinweg [3]).

Von dem Verhältniſſe der Subſtitution zur Transmiſſion der Erbſchaft wird im §. 941. die Rede ſein.

§. 843.

d. Einzelne Bemerkungen.

Es iſt jetzt noch übrig, eine Reihe einzelner Punkte zu erläutern.

A. Was zuerſt betrifft das Verhältniß der Inſtitution zur Subſtitution in Bezug auf die Anzahl der zu dieſen verſchiedenen Graden berufenen Perſonen, ſo kann

1. einem Einzelnen wiederum ein Einzelner ſubſtituirt werden.

2. Aber eben ſo zuläſſig iſt es, Einem Mehre zu ſubſtituiren.

3. Ferner kann auch Mehren Einer und derſelbe ſubſtituirt werden, ſo daß erſt, wenn von jenen allen keiner Erbe wird, die Reihe an den Subſtituten kommt.

4. Endlich mögen auf ähnliche Weiſe Mehren Mehre ſubſtituirt werden [1]).

2) Gaj. II. §. 286.

3) Vergl. L. un. C. d. caducis tollend. VI, 51.

1) L. 36. §. 1. D. h. t. L. 30. D. eod. §. 1. I. h. t. Theophil. II, 15. §. 1.

B. Beſondere Rückſicht verdient die mögliche Verei
der Subſtitution mit der Inſtitution:

Wie jeder Dritte, ſo kann dem ausfallenden Erben auch ein Miterbe ſubſtituirt werden, und zwar gerade als Miterbe; und eben ſo auch mehre oder gar alle [2]).

Auch können einzelne, oder mehre, oder auch ſämmtliche Miterben einander gegenſeitig ſubſtituirt werden [3]).

Eine Subſtitution nun, vermöge deren der Teſtator erklärt, daß einige, oder auch alle von ihm inſtituirte Erben einander gegenſeitig ſubſtituirt ſein ſollen, heißt in den Quellen **reciproca** substitutio [4]), desgleichen **mutua** substitutio [5]). Unſere neueren Juriſten brauchen dafür auch die Benennung Substitutio **compendiosa**, oder Substitutio **breviloqua** — breviloquus aber iſt ein Wort, welches bei den Römern gar nicht vorkommt. Uebrigens, wie die beiden erſten Benennungen die Eigenthümlichkeit einer ſolchen Subſtitution in Hinſicht auf die Subjecte derſelben bezeichnen, ſo beziehen ſich die beiden letzteren auf die Form des Ausdrucks; indem der Teſtator hier, ſtatt in mehren einzelnen Sätzen ſeine Abſicht auszuſprechen, ſich ganz kurz z. B. ſo ausdrückt: »Eosque invicem substituo«; »**hos omnes** invicem substituo«; »quos heredes meos invicem substituo.«

Nach Juſtinianiſchem Rechte kann der Zweck einer ſolchen Subſtitution nicht füglich ein anderer ſein, als dieſer, das Schickſal einer vacanten Erbportion auf eine von den Grundſätzen des Jus accrescendi abweichende Weiſe zu beſtimmen. Z. B.: Es hat Einer den A., den B., den C., den D. inſtituirt — und nun ſubſtituirt er einander nur A. und B. Setzen wir jetzt, daß A. nicht Erbe wird, ſo fällt ſeine Erbportion dem B. ausſchließlich zu, während ſie ſonſt unter B. C. und D. vertheilt worden wäre. Oder: Wir wollen annehmen, A. iſt in 1/2, B. iſt in 1/4, C. und D. ſind jeder in 1/8 inſtituirt, — und nun ſind ſie einander insgeſammt gegenſeitig ſub-

2) Beiſpiele der letzteren Art finden ſich in L. 5. L. 32. D. h. t.
3) cit. L. 36. §. 1. D. h. t. cit. §. 1. I. h. t. Theoph. ad h. l.
4) So in L. 4. §. 1. D. h. t. (Modestinus.)
5) So in L. 61. D. d. legat. II. (Papinianus.)

ſtituirt, aber ſo, daß ſie in Hinſicht der Subſtitution zu gleichen Theilen gehen ſollen. Durch dieſe Subſtitution wird bewirkt, daß wenn z. B. der A. ausfällt, B. C. und D. jeder ein Drittel von deſſen Erbportion erhält; während davon mittelſt des Jus accrescendi B. eine Hälfte, C. und D. aber jeder nur 1/4 erhalten würden.

Zur Zeit der claſſiſchen Juriſten dagegen war aber mehrentheils, zumal bei einer gegenſeitigen Subſtitution ſämmtlicher Miterben, der Zweck dieſer, die Caducität abzuwenden, welche Juſtinian, wie ſchon bemerkt worden, aufgehoben hat.

Uebrigens ſind für den Fall, daß der Teſtator Einen oder mehre Miterben als ſolche ſubſtituirt hat, die Subſtitution ſei nun reciproca, oder nicht, noch folgende Regeln zu bemerken:

1. Ueberall, wo Miterben als ſolche ſubſtituirt ſind, kommt die Subſtitution nur demjenigen zu Statten, welcher den Teſtator wirklich und in der That beerbt hat; die bloße Delation der Erbſchaft iſt noch nicht hinreichend, die Erbſchaft muß auch erworben ſein. Und ferner kommt eine ſolche Subſtitution nur dem unmittelbaren Erben des Teſtators zu Gute, nicht dem Erben des Erben. Z. B. A. B. C. D. ſind einander gegenſeitig ſubſtituirt. A. B. C. treten ihrer Seits die Erbſchaft ſofort an, während D. noch deliberirt. Nun ſtirbt A., und erſt nach ſeinem Tode, aber zu einer Zeit, da B. und C. noch am Leben ſind, entſchließt ſich D., ſeiner Seits die Erbſchaft zu repudiiren. Hier wird das vacante Erbgut des D. ex substitutione nur dem B. und C. deferirt, nicht auch den Erben des A.[6]).

2. Sind mehre Miterben ſubſtituirt, und der Teſtator hat darüber, wie ſie die vacante Erbportion unter ſich vertheilen ſollen, nichts geſagt, ſo beſtimmen ſich die Theile nach dem Verhältniſſe desjenigen, was die Subſtituten ex institutione erhalten haben. Z. B. das Teſtament laute folgender Maßen: „Zu meinen Erben ernenne ich A. in 1/2, B. in 1/4, C. in 1/8, und zwar ſollen dieſe alle einander gegenſeitig ſubſtituirt

6) L. 23. L. 45. §. 1. D. h. t. Dieſe Stellen ſprechen von einer reciproca substitutio. Die darin aufgeſtellte Regel findet aber überall Anwendung, wo Miterben als ſolche ſubſtituirt ſind.

ſein. D. ſoll mein Erbe ſein in 1/8.“ A. fällt aus; dann treten als Subſtituten in ſeine Stelle B. und C. Und da dieſe in Hinſicht der Inſtitution in dem Verhältniſſe zu einander ſtehen, daß B. das Doppelte erhält desjenigen, was dem C. angewieſen iſt, ſo wird eben dieſes Verhältniß nun auch beobachtet in Hinſicht der Subſtitution. Von der vacanten Erbportion des A. fallen dem B. 2/3 zu, dem C. aber nur 1/3 [7]).

3. Beſondere Berückſichtigung verdient nun aber noch der Fall, wenn die Subſtituten theils Miterben, theils andere Perſonen ſind, da erhält von dieſen andern Perſonen jede einzelne einen Kopftheil, der Reſt aber wird unter die ſubſtituirten Miterben in Gemäßheit der vorigen Regel vertheilt. Z. B. der Teſtator hat geſagt:

„A. ſoll mein Erbe ſein in 1/2, B. in 1/4, C. in 1/8, D. ebenfalls in 1/8. Sollte A. nicht Erbe werden, ſo ſubſtituire ich ihm ſeine Miterben, außerdem noch E. und F.“ Fällt nun A. aus, ſo wird ſeine Erbportion folgender Maßen getheilt: F. und E. erhalten jeder einen Kopftheil, nämlich F. erhält 1/5 und eben ſo erhält auch E. 1/5; der Reſt aber wird unter B. C. und D. ſo vertheilt, daß B. davon zwei Theile erhält, während auf C. und D., auf jeden nur Ein Theil fällt. B. alſo erhält 6/20, C. 3/20 und D. ebenfalls 3/20, das ſind zuſammen 3/5 [8]).

C. Noch iſt zu erwägen der Fall, da der Teſtator ſich nicht mit Einem Grade der Subſtitution begnügt hat. Hier entſteht nämlich die Frage, in welchem Verhältniſſe die entfernteren Grade der Subſtitution zur Inſtitution ſtehen? Der Teſtator kann dies Verhältniß ausdrücklich beſtimmt, und einem jeden einzelnen Grade der Subſtitution eine ausdrückliche Beziehung auf die Inſtitution gegeben haben. Aber dieſe Beziehung findet auch Statt, wo ſie nicht ausdrücklich ausgeſprochen iſt. Denken wir uns, der Teſtator hat ſo verfügt: „A. ſoll mein Erbe ſein; wird A. nicht Erbe, ſo ſoll B. in ſeine Stelle treten; dem B. ſubſtituire ich den C.“ Obgleich hier C. ausdrücklich nur dem

7) Vgl. L. 5. L. 24. L. 41. §. 1. D. h. t. L. 1. C. h. t. §. 2. I. h. t.

8) L. 32. D. h. t.

B. ſubſtituirt iſt, ſo wird er doch auch als Subſtitut des A. angeſehen [9]). Die Neueren bezeichnen dies durch den Satz: »Substitutus substituto censetur esse substitutus instituto.«

In Einem Falle indeſſen kann Zweifel entſtehen über die Anwendbarkeit dieſer Regel, nämlich da, wo demjenigen ein Subſtitut gegeben iſt, welcher ſelbſt ſeinem Miterben ſubſtituirt iſt. Z. B: Es ſind inſtituirt A. auf 4/12, B. auf 7/12, C. auf 1/12. Sollte A. nicht Erbe werden, ſo ſoll C. in ſeine Stelle treten; für den Fall, daß C. nicht Erbe werden ſollte, iſt ihm D. ſubſtituirt. — Hier kann es nun faſt ſcheinen, als ſei die Abſicht des Teſtirers die geweſen, den D. nur dem C. zu ſubſtituiren, nicht aber den D. auch dem A. im zweiten Grade zu ſubſtituiren. Das praktiſche Intereſſe dieſer Frage liegt aber darin: Wenn C. ſtirbt, ohne den Teſtator beerbt zu haben, ſo wird D. ſtatt ſeiner Erbe in 1/12; fällt nun ſpäter auch der A. aus, ſo erhält der D., wenn er zugleich als Subſtitut des A. betrachtet wird, die 4/12 der Erbſchaft, welche dieſem beſtimmt waren, ganz allein — wogegen, wenn D. nicht als Subſtitut auch des A. angeſehen wird, die Grundſätze des Jus accrescendi zur Anwendung kommen müßten, wonach D. die vacante Erbportion des A. mit B. zu theilen haben würde in der Weiſe, daß er von derſelben nur 1/8, B. aber 7/8 erhielte. Deſſen ungeachtet kommt die Regel hier zur Anwendung; daher dieſer Fall in mehren Stellen beſonders hervorgehoben und der Regel gemäß entſchieden wird [10]).

C. Von der Pupillar-Subſtitution. (§. §. 844—847.)

† INST. II, 16. † DIG. XXVIII, 6. † COD. VI, 26.

§. 844.

A. Im Allgemeinen.

Der Parens hat das Recht, für ein ſeiner Gewalt un-

9) Arg. L. 37. pr. D. d. hered. inst. XXVIII, 5. L. 33. §. 1. D. h. t.

10) Siehe L. 27. L. 41. pr. D. h. t. §. 3. I. eod.

terworfenes unmündiges Kind ein Teſtament zu errichten, auf den Fall, daß durch ſeinen Tod dieſes Kind zur Unabhängigkeit gelangen, und dereinſt innerhalb der Jahre der Unmündigkeit ebenfalls mit Tode abgehen ſollte, zu einer Zeit alſo, da es, ſeiner Jugend halber, unfähig wäre, ſelbſt zu teſtiren. Ein ſolches Teſtament heißt **pupillare testamentum**, und die darin enthaltene Erbeseinſetzung wird **pupillaris substitutio** genannt.

Dieſes Recht zur Errichtung eines Pupillar-Teſtaments iſt zwar dem Vater durch kein ausdrückliches Geſetz gegeben, aber es iſt hinreichend begründet durch eine lang hergebrachte Gewohnheit [1]).

Es iſt indeſſen an die Bedingung geknüpft, daß der Parens auch ſich ein Teſtament errichte [2]). Das **pupillare testamentum** wird als Anhang (pars et sequela) des **Testamentum paternum** angeſehen [3]), und in dieſem Sinne ſagt Ulpian [4]): »**Patris et filii testamentum pro uno habentur.**«

Eine beſonders wichtige Anwendung dieſes Satzes iſt die, daß die Gültigkeit des Pupillar-Teſtaments abhängig iſt von der des väterlichen Teſtaments [5]). Deshalb wird auch das väterliche Teſtament im Gegenſatze gegen das Pupillar-Teſtament **principale testamentum** genannt [6]).

Wenn gleich nun aber beide Teſtamente in vielen Beziehungen als Ein Teſtament betrachtet werden, ſo betreffen ſie doch zwei verſchiedene Succeſſionsfälle, zwei in formeller Beziehung verſchiedene Erbſchaftsmaſſen [7]). So wird die Erbſchaft des Parens beſonders deferirt, und wieder beſonders die Erbſchaft des Pupillen. Ob aber beide Erbſchaftsmaſſen in materieller Beziehung mehr oder weniger identiſch ſind, das iſt im

1) L. 2. pr. D. h. t. pr. I. h. t.

2) L. 1. §. 3. L. 2. §. 1. D. h. t. §. 5. I. h. t.

3) cit. §. 5. I. h. t. L. 11. D. testam. quemadmodum aperiantur etc. XXIX, 3.

4) In L. 20. pr. D. h. t.

5) cit. §. 5. I. h. t.

6) cit. L. 2. pr. D. h. t.

7) §. 2. I. h. t. »Igitur in pupillari substitutione . . . . duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe est unum testamentum duarum causarum, id est duarum hereditatum.« Vgl. L. 2. §. 4. D. h. t. L. 2. §. 2. D. de heredidate vel actione vendita. XVIII, 4.

Ganzen zufällig. Der Pupillar-Subſtitut ſuccedirt in das Vermögen, in deſſen Beſitz der Pupill bei ſeinem Tode ſich befindet, es rühre vom Parens her, oder es ſei auf andere Weiſe erworben [8]). Ja es kann geſchehen, daß wer ex pupillaris substitutione den Pupillen beerbt, in das Vermögen des Parens nicht einmal mittelbar ſuccedirt; denn der Parens kann für ein exheredirtes Kind eben ſo gut teſtiren, als für ein ſolches, welches er inſtituirt hat [9]). Wenn indeſſen der Pupill im väterlichen Teſtamente inſtituirt iſt, und dem gemäß den Parens beerbt hat, ſo wird allerdings die Erbſchaft des Pupillen in manchen Beziehungen ſo betrachtet, als wäre ſie Erbſchaft des Parens.

In Beziehung auf den Sprachgebrauch iſt noch zu bemerken, daß der Pupillar-Subſtitut gleich dem Vulgar-Subſtituten **secundus heres** genannt wird; eben ſo heißt das väterliche Teſtament **primae**, das Pupillar-Teſtament **secundae tabulae**.

B. Insbeſondere. (§. §. 845—847.)

a. Ueber die Vorausſetzungen bei der Pupillar-Subſtitution.

§. 845.

α. Von der Errichtung eines Pupillar-Teſtamentes.

Das erſte Erforderniß, worauf es bei der Errichtung eines Pupillar-Teſtaments ankommt, iſt das Vorhandenſein väterlicher Gewalt. Es iſt indeſſen nicht gerade nothwendig, daß der Unmündige ſchon zur Zeit der Errichtung des Teſtaments der väterlichen Gewalt des Subſtituenten unmittelbar unterworfen ſei, ja nicht einmal, daß er ihr auch nur überhaupt ſchon dann wirklich unterworfen ſei. Dies letztere bezieht ſich darauf, daß der Parens auch einem **Postumus** gültiger Weiſe **pupillariter** ſubſtituiren kann [1]).

Zweitens wird erfordert, daß der Parens auch ſich ſelbſt ein gültiges Teſtament entweder ſchon früherhin

8) L. 10. §. 5. D. h. t.
9) §. 4. I. h. t.

1) L. 2. pr. D. h. t. pr. et §. 4. I. h. t.

errichtet habe, oder ein ſolches gegenwärtig, mit dem Pupillar-Teſtamente zugleich errichte:

Im erſten Falle iſt das Pupillar-Teſtament in Bezug auf die äußere Feierlichkeit jedem andern ſelbſtſtändigen Teſtamente gleich zu achten. Daß der Vater bei dem früheren Teſtamente, welches er ſich ſelbſt errichtet, die erforderliche Feierlichkeit angewandt hat, befreiet ihn keineswegs von der Nothwendigkeit, bei dem Pupillar-Teſtamente auf's Neue diejenigen Feierlichkeiten zu beobachten, deren daſſelbe bedürftig ſein würde, wenn es zu dem väterlichen Teſtamente in gar keiner Beziehung ſtände [2]). Daher es denn auch nicht nothwendig iſt, daß es in derſelben Form errichtet werde, wie das väterliche Teſtament. Es kann mündlich errichtet werden, während dieſes ein ſchriftliches iſt, und umgekehrt [3]).

Im zweiten Falle, da der Parens für ſich und den Pupillen zu gleicher Zeit teſtirt, bedarf es für beide Teſtamente nur einer einfachen Feierlichkeit. Der Strenge nach müßte nun aber auch hier die Inſtitution in Bezug auf das väterliche Vermögen vorangehen, und dann erſt die Pupillar-Subſtitution folgen. Iſt dies indeſſen nicht geſchehen, ſo wird die Pupillar-Subſtitution darum nicht als ungültig betrachtet [4]).

Drittens kommt nun noch, was die Errichtung des Pupillar-Teſtaments betrifft, der Inhalt deſſelben in Betracht. Das wichtigſte Stück des Pupillar-Teſtaments iſt natürlich die Erbeseinſetzung. In Anſehung dieſer iſt Folgendes zu bemerken:

2) L. 16. §. 1. D. h. t.

3) L. 20. §. 1. D. h. t.

4) L. 2. §. 5. D. h. t. Ulpian ſagt hier: »Wenn Jemand zuerſt den Pupillarſubſtituten bezeichnet, und dann erſt den Pupillen ſelbſt zu ſeinem eigenen Erben ernannt hat, ſo gilt die Subſtitution der ungehörigen Ordnung ungeachtet.« Dagegen ſagt Ulpian in dem §. 4. ejusd. L. 2.: »Zuerſt muß Jemand ſich ſelbſt einen Erben ernennen, und dann ſeinem Kinde pupillariter ſubſtituiren. Das gilt nicht, daß Jemand erſt ſeinem Kinde ein Teſtament mache, und dann für ſich ſelbſt teſtire.« Dieſer ſcheinbare Widerſpruch hebt ſich indeſſen dadurch, daß der §. 5. cit. L. 2. ſich auf den Fall gerade bezieht, von welchem hier die Rede iſt, d. h. auf die gleichzeitige Errichtung beider Teſtamente; der §. 4. aber bezieht ſich auf den Fall, da beide Teſtamente zu verſchiedenen Zeiten errichtet werden.

1. Es hängt ganz von der Willkür des Parens ab, wen er ſeinem unmündigen Kinde pupillariſch ſubſtituiren will, er kann ihm alſo auch ſolche Perſonen ſubſtituiren, die er zu ſeinem eignen Erben ernannt hat [5]; namentlich mag er das Subject der Pupillar-Subſtitution folgender Maßen beſtimmen: »Quisquis mihi heres erit.« Die Frage, wer mit dieſer Bezeichnung eigentlich gemeint ſei, und wie unter mehren dadurch bezeichneten Perſonen die Pupillar-Erbſchaft vertheilt werden müſſe, iſt im Ganzen auf eine ähnliche Weiſe zu beantworten, wie die verwandte Frage bei der Bulgar-Subſtitution, wenn Miterben einander ſubſtituirt ſind. Nämlich die Pupillar-Erbſchaft wird hier nur demjenigen deferirt, der im väterlichen Teſtamente zum Erben ausdrücklich deſignirt iſt. Alſo z. B. nicht dem Erben des im väterlichen Teſtamente zum Erben Ernannten; nicht dem Vater deſſelben, wenn er Filiusfamilias, nicht dem Herrn deſſelben, wenn er Sclav iſt [6]. Auch reicht das allein noch nicht hin, daß Einer im väterlichen Teſtamente zum Erben ernannt iſt; es muß die Erbeseinſetzung auch von Erfolg geweſen ſein [7]. Das iſt indeſſen gleichgültig, ob Einer des Vaters Erbe geworden iſt ex institutione oder ex vulgari substitutione [8]. — Was aber betrifft die Vertheilung der Pupillar-Erbſchaft unter mehren Erben des Vaters, ſo iſt die Regel dieſe: »Partes eaedem ad substitutos pertinent, quas in ipsius patrisfamiliae habuerunt hereditate [9].

Hat der Vater außer ſeinen eignen Erben auch noch irgend eine andere Perſon pupillariſch ſubſtituirt, ſo erhält dieſe nach der L. 9. D. h. t. [10]) eine Hälfte der Erbſchaft, während die

5) L. 1. §. 2. D. h. t.

6) L. 3. L. 8. §. 1. D h. t. »Haec verba, quisquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres esto, hunc habent sensum, ut ei non omnis, qui petri heres exstitit, sed is, qui ex testamento heres exstitit, substitutus videatur. Et ideo neque pater, qui per filium, neque dominus, qui per servum heres exstitit, ad substitutionem admittetur, neque heredis heres, quia non ex judicio veniunt. Partes quoque eaedem ad substitutos pertinent, quas in ipsius patrisfamilias habuerunt testamento.« L. 10. pr. D. eod. §. 7. I. h. t.

7) cit. §. 7. I. h. t. L. 8. pr. L. 34. §. 1. D. h. t.

8) cit. L. 34. §. 1. D. h. t.

9) cit. §. 7. I. h. t. cit. L. 8. §. 1. i. f. cit. L. 10. pr. D. h. t.

10) (Labeo) »Si pater filio impuberi eosdem, quos sibi, et te unum praeterea heredem insti-

väterlichen Erben die andere Hälfte, nach Maßgabe ihrer Antheile an der väterlichen Erbſchaft, unter ſich theilen. Dagegen ſagt **Juſtinian** in der L. ult. C. h. t.:

> »Si quis, **duobus** heredibus institutis, filio suo impuberi eos **una cum alio tertio** substituerit, et verba testamenti ita composuerit: »Quisquis mihi heres erit et Titius, filio meo heres esto«.... nobis ...... videtur, **tres substitutos unumquemque in trientem** vocari.«

Die neueren Juriſten ſtreiten darüber, ob durch dieſe Juſtinianiſche Conſtitution die, in der früher angeführten L. 9. D. h. t. enthaltene, Entſcheidung aufgehoben ſei, oder nicht. Ich bin der Meinung, daß ſie allerdings aufgehoben iſt. Uebrigens ſcheint nun aber **Juſtinian** bei ſeiner Entſcheidung von der Vorausſetzung auszugehen, daß die beiden väterlichen Erben den Vater zu gleichen Theilen beerben. Und dann liegt das Charakteriſtiſche ſeiner Entſcheidung nur allein darin, daß der Dritte, welcher nicht in die Reihe der väterlichen Erben gehört, ſtatt einer Hälfte, welche die Pandektenſtelle ihm anweiſ't, partem virilem erhält; nicht aber darin, daß jeder der väterlichen Erben eben ſo viel bekommt. Kurz, es ſcheint, wir können den Grundſatz feſtſtellen: Hat der Parens, außer ſeinen eignen Erben, noch andere Perſonen pupillariter ſubſtituirt, ſo erhalten dieſe von der Pupillar-Erbſchaft partes viriles; der Reſt der Pupillar-Erbſchaft aber wird unter die Erben des Parens nach demſelben Verhältniß getheilt, nach welchem ſie den Parens beerbt haben — ganz nach der Analogie desjenigen, was bei der Vulgar-Subſtitution gilt. S. §. 843.

2. Wie Jeder in ſeinem eignen Teſtamente mehre Grade der Erbeseinſetzung anordnen kann, ſo kann dies auch der Parens im Pupillar-Teſtamente. Wenn er alſo den A. pupillariter ſubſtituirt, ſo kann er dieſem in Beziehung auf die Pupillar-

tuit, bonorum filii te dimidium, ceteros patris heredes communiter dimidium ita habere, ut unus semis apud te maneat, alterius semissis pro his partibus inter heredes paternos divisio fiat, quibus ex partibus hereditatem paternam habuerunt.«

Erbſchaft den B., und dieſem wiederum den C. u. ſ. w. vulgariter ſubſtituiren [11]).

3. Die Pupillar-Subſtitution iſt jederzeit eine **bedingte** Erbeseinſetzung. Nämlich ſchon in dem Begriffe der Pupillar-Subſtitution liegt namentlich die Vorausſetzung: Falls das zu beerbende Kind vor erlangter Pubertät ſtirbt. Weil nun aber dieſe Bedingung in dem Begriffe der Pupillar-Subſtitution liegt, ſo wird eine Pupillar-Subſtitution, welche nicht noch anderweitig bedingt iſt, eine pura genannt, und es muß irgend eine ſonſtige Bedingung noch außerdem hinzugefügt ſein, wenn ſie eine bedingte genannt werden ſoll [12]).

In Bezug auf die der Pupillar-Subſtitution weſentliche Bedingung habe ich nun aber noch Folgendes zu bemerken: Es kann ſein, der Parens geht bei Bezeichnung der Zeit, innerhalb deren das Kind als geſtorben gedacht wird, über die Zeit der Unmündigkeit hinaus; z. B. er ſagt ſo: „Falls mein Sohn vor ſeinem ſechszehnten Jahre ſterben ſollte“ — während doch die Mündigkeit ſchon mit vollendetem vierzehnten Jahre eintritt. Hier iſt der Erfolg der: ſtirbt der Sohn, ehe er mündig wird, ſo zeigt ſich die Subſtitution wirkſam; ſtirbt er ſpäter, ſo iſt ſie unwirkſam, wenn ſchon der Tod des Sohnes vor der vom Vater bezeichneten Zeit erfolgen mag [13]). Hat der Parens einen kürzeren Zeitraum als den der Unmündigkeit angegeben, hat er z. B. die Bedingung der Pupillar-Subſtitution ſo abgefaßt: »Si filius meus intra decimum annum decesserit«, ſo gelangt der Pupillar-Subſtitut nur dann zur Erbſchaft des Pupillen, wenn dieſer vor dem vollendeten zehnten Jahre ſtirbt; überlebt er dieſe Friſt, ſo mag er immerhin noch als ein Impubes ſterben, die Pupillar-Subſtitution bleibt dennoch ohne Wirkung [14]). Natürlich aber iſt es dem Parens nun auch geſtattet in Beziehung auf verſchiedene Zeiträume verſchiedene Perſonen pupillariter zu ſubſtituiren. Z. B.:

11) L. 13. L. 25. D. h. t.
12) cit. L. 8. pr. D. h. t.
13) L. 14. L. 43. §. 1. D. h. t. »... Omne quidem spatium, quod est intra pubertatem liberum esse patri ad substituendum filio, sed finis hujus pubertas est . . . .«
14) L. 21. L. 38. §. 1. D. h. t.

»Si intra decimum annum decesserit, Titius heres esto; si post decimum intra quartum decimum, Maevius« [15]).

Das Bisherige betraf die Erbeseinſetzung, als das wichtigſte Stück des Pupillar-Teſtaments. Aber gleich anderen Teſtamenten, kann auch das Pupillar-Teſtament neben der Erbeseinſetzung noch andere, ſecundäre Dispoſitionen enthalten:

Das Erbrecht des Subſtituten kann auf mancherlei Weiſe beſchränkt werden durch Legate, Fideicommiſſe, Freilaſſungen. Nur ſind hier der Willkür des Parens beſtimmte Grenzen geſetzt. Er kann den Pupillar-Subſtituten nur inſofern mit Vermächtniſſen beſchweren, als dieſer mittelbar oder unmittelbar ihm ſelbſt ſuccedirt. Daher kann der Parens Vermächtniſſe auf Koſten des Pupillar-Subſtituten nur dann anordnen, wenn er entweder den Pupillen, oder den Pupillar-Subſtituten, oder beide zugleich zu ſeinen eigenen Erben ernennt, und auch nur in dem Maße, in welchem er dieſes gethan hat. Vermächtniſſe, womit der Parens den in ſeinem eigenen Teſtamente nicht inſtituirten Subſtituten eines exheredirten Kindes beſchwert, bleiben ohne alle Wirkung; denn dasjenige Vermögen des Kindes, welches dieſes nicht durch Beerbung des Vaters, ſondern auf irgend eine andere Weiſe erworben hat, iſt der Vater zu belaſten nicht berechtigt [16]).

Schon nach vorjuſtinianiſchem Rechte hatten Aſcendenten und Geſchwiſter ein Recht auf einen Pflichttheil; dieſer konnte ihnen durch Erbeseinſetzung, eben ſo gut aber auch in Vermächtniſſen hinterlaſſen werden; war weder das Eine noch das Andere geſchehen, ſo konnten ſie das Teſtament mit der Inofficiosi querela anfechten. Nach Juſtinianiſchem Rechte haben Aſcendenten nicht bloß ein Recht auf einen Pflichttheil, ſondern ſie können überdies verlangen, daß ſie zu Erben eingeſetzt wer-

15) L. 38. §. 2. cit. L. 43. §. 1. D. h. t.

16) L. 41. §. 3. D. d. test. milit. XXIX, 1. L. 126. pr. D. d. legat. I. L. 11. §. ult. D. ad leg. Falcid. XXXV, 2. »Si quis exheredato filio substituit heredem institutum, et ab eo tabulis quoque secundis legaverit, necessario ratio confundetur, quum ideo legata valere dixerit Julianus a substituto relicta, quod idem patri heres exstiterit.«

den. Es fragt ſich nun, iſt an dieſe Vorſchriften der Parens bei Errichtung eines Pupillar-Teſtaments gebunden? Daß Aſcendenten und Geſchwiſter das Pupillar-Teſtament, worin der Pflichttheil ihnen nicht hinterlaſſen iſt, nicht als inofficios anfechten können, ſagt ausdrücklich L. 8. §. 5. D. d. inofficioso test. V, 2. Braucht nun aber der Parens ſich auch an die Vorſchrift nicht zu kehren, daß die nächſten Aſcendenten zu Erben eingeſetzt werden müſſen? Ich bin der Meinung derer, welche dieſe Frage bejahen; es fehlt aber auch nicht an Solchen, die ſie mit Nein beantworten. An einer ausdrücklichen geſetzlichen Beſtimmung gebricht es uns.

§. 846.

β. Von den außer den Grenzen der erſten Anordnung liegenden Vorausſetzungen.

Nachdem wir uns nunmehr mit demjenigen bekannt gemacht haben, was auf die Errichtung des Pupillar-Teſtaments ſich bezieht, ſo können wir übergehen dazu, die Bedingungen kennen zu lernen, welche vorhanden ſein müſſen, wenn eine von Haus aus gültige Pupillar-Subſtitution ſich in der Folge in der That wirkſam erweiſen ſoll.

Dieſe Bedingungen beziehen ſich theils

A. auf das Teſtament des Parens, theils
B. auf die Perſon des Impubes, theils
C. auf die Perſon des pupillariter Subſtituirten.

A. Das Pupillar-Teſtament verliert ſeine Kraft, ſobald das väterliche Teſtament wegen irgend eines ſpäteren Ereigniſſes in totum ungültig wird. Wann dieſes der Fall ſei, wird ſich in der Folge zeigen, im Abſchn. V. von der Ungültigkeit der Teſtamente. Namentlich gehört hieher der Fall, da das väterliche Teſtament deſtituirt wird [1]). Es reicht indeſſen zur Erhaltung des Pupillar-Teſtaments hin, wenn die väterliche Erbſchaft auch nur jure civili angeſehen wird als erworben ex testamento. So,

1) L. 2. §. 1. L. 10. §. 4. D. h. t.

wenn das väterliche Teſtament nur durch einen Suus, etwa nur durch den Pupillen ſelbſt, aufrecht erhalten werden kann, und dieſer Suus abſtinirt. Die bloße Exiſtenz des Suus macht, daß er im Augenblick der Delation die väterliche Erbſchaft ipso jure erwirbt; und im Sinne des Civilrechts bleibt er Erbe, ungeachtet er abſtinirt. Und ſo wird denn in einem Falle dieſer Art das Pupillar-Teſtament aufrecht erhalten [2]). — Wo das väterliche Teſtament nur zum Theil unwirkſam wird, da bleibt die Pupillar-Subſtitution jederzeit bei Kräften. Hieher gehört der Fall, da das väterliche Teſtament durch die inofficiosi querela nur zum Theil umgeſtoßen wird [3]). Außerdem iſt zu bemerken, daß durch die Bonorum possessio contra tabulas paternas die Pupillar-Subſtitution nicht ungültig wird [4]).

B. Was die in der Perſon des Impubes liegenden Vorausſetzungen betrifft, ſo muß:

1. der Impubes, für welchen das Pupillar-Teſtament errichtet wird, den Parens überleben.

2. Muß er durch den Tod desjenigen, welcher ihm pupillariter ſubſtituirt hat, sui juris werden. Dazu aber wird erfordert eines Theils, daß er bis an den Tod des Parens in der väterlichen Gewalt verbleibe, andern Theils, daß er bei des Parens Tode deſſen väterlicher Gewalt unmittelbar unterworfen ſei. Zur Zeit der Errichtung des Pupillar-Teſtaments bedarf es dieſer unmittelbaren Unterworfenheit nicht — wohl aber muß ſie bei des ſubſtituirenden Parens Tode vorhanden ſein; außerdem fällt der Unmündige in die Gewalt der zwiſchen ihm und dem Subſtituenten ſtehenden Mittelsperſon; er wird alſo nicht sui juris [5]).

3. Der Impubes muß als ſolcher ſterben, alſo intra pubertatem [6]). Dies iſt jedoch in dem Falle, wo die Bedingung

2) Denn, wie Ulpian in L. 30. §. 10. D. d. fideicommiss. libertat. XL, 5. ſagt, »non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem.« Vergl. L. 41. L. 42. (Ulpianus.) D. d. A. v. O. H. XXIX, 2. L. 28. D. d. reb. auctorit. judic. possid. etc. XLII, 5. (Javolenus.) (S. über dieſe letzten beiden Stellen den folgenden §. Seite 186.)

3) L. 8. §. 5. D. d. inoff. test. V, 2.

4) L. 34. §. ult. L. 35. D. h. t.

5) Vergl. L. 2. pr. D. h. t.

6) L. 14. D. h. t.

der Pupillar-Subſtitution ſich auf einen kürzeren Zeitraum bezieht, noch nicht hinreichend. Der Pupill muß alsdann gerade innerhalb dieſes kürzeren Zeitraums ſterben [7]). S. d. vor. §.

4. Der **Impubes** darf ſich nicht etwa nach des Parens Tode haben arrogiren laſſen. Denn nach älterem Rechte verlor er dadurch ſein Vermögen, das Teſtament hörte alſo aus dieſem Grunde auf, einen Gegenſtand zu haben. Aber ſelbſt nach neuerem Rechte, wo der Pupill ſein Vermögen behält, kann dieſes nun fortan nicht mehr als Gegenſtand eines Teſtamentes betrachtet werden, — da es durch die Arrogation zu einem **Peculium adventitium** wird. Aber wenn ſchon die im Pupillar-Teſtamente Inſtituirten die Erbſchaft an und für ſich verlieren, ſo wird ihnen doch durch die Caution geholfen, welche der Arrogator ſtellen muß [8]).

C. Was nun zuletzt noch betrifft die Perſon des Pupillar-Subſtituten, ſo iſt als etwas Eigenthümliches nur dies zu bemerken: Hat der Parens den Pupillen zum Erben eingeſetzt, und ihm einen **Miterben pupillariter** ſubſtituirt, ſo hat, wenn der Subſtitut die väterliche Erbſchaft ausſchlägt, dies die Folge, daß er dadurch zugleich die Pupillar-Erbſchaft einbüßt [9]).

§. 847.

b. Ueber die Wirkungen der Pupillar-Subſtitution.

Zwar gehört dasjenige, was darüber zu ſagen iſt, eigentlich in die Lehre von dem Erwerbe der Erbſchaft; allein es wird dennoch nicht unzweckmäßig ſein, des Zuſammenhanges wegen das Eigenthümliche in den Wirkungen der Pupillar-Subſtitution gleich hier anzuführen. Dahin nun gehört

1. dieſes: Hat der Parens den Pupillen zum Erben ernannt, und ihm einen Miterben **pupillariter** ſubſtituirt, ſo erwirbt dieſer, wenn er einmal des Parens Erbe geworden iſt, die Pupillar-Erbſchaft jederzeit **ipso jure**, ſelbſt wider ſeinen

7) L. 21. D. h. t.

8) Siehe L. L. 18 — 20. D. d. adoptionib. I, 7. §. 3. I. eod. I, 11. L. 40. D. h. t. Vgl. §. 723.

9) L. 10. §. 3. D. h. t.

Willen [1]). In der in der Note. 1. angeführten Pandektenſtelle wird die angegebene Wirkung nicht ausdrücklich gerade auf die Vorausſetzung beſchränkt, daß der Pupill ſelbſt im väterlichen Teſtamente inſtituirt ſei; aber dieſe Beſchränkung ergibt ſich theils aus der Natur der Sache, theils aus der Vergleichung mit der angeführten Stelle des Codex. Uebrigens iſt der Grund, warum in unſerem Falle der Subſtitut die Pupillar-Erbſchaft **ipso jure** erwirbt, dieſer: Die Pupillar-Erbſchaft wird wegen des in ſie übergegangenen Antheils an der väterlichen Erbſchaft angeſehen, als mit dieſer zu Einem Ganzen gehörig. Wenn aber Jemand einmal einen Theil einer Erbſchaft erworben hat, ſo erwirbt er dann jeden andern Theil derſelben Erbſchaft, welcher ihm ſpäter etwa deferirt werden mag, **ipso jure**.

2. Setzen wir, es ſteht Jemand in dem Verhältniſſe zu dem Parens, daß er dieſen, Falls er von ihm im eignen Teſtamente inſtituirt wird, ſelbſt wider ſeinen Willen beerbt. Ein ſolcher wird, wenn der Parens ihn **pupillariter** ſubſtituirt hat, ein Zwangserbe, **necessarius heres**, auch des Pupillen ſein [2]).

3. Der Gegenſtand des auf die Pupillar-Subſtitution gegründeten Succeſſionsrechtes iſt, wie ich auch früher ſchon angeführt habe, der geſammte Nachlaß des Pupillen, er rühre nun her van dem Subſtituenten, oder aus irgend einer andern Quelle. Hieraus folgt: Der Pupillar-Subſtitut iſt berechtigt, nicht weniger das fremdartige Vermögen des Pupillen in Anſpruch zu nehmen, als dasjenige, was von dem Parens herkommt [3]). Eine Ausnahme jedoch findet Statt, wenn der **Arrogator** eines **Impubes** dieſem **pupillariter** ſubſtituirt hat. Hier kann der Pupillar-Subſtitut nur auf diejenigen Stücke des Pupillar-Vermögens Anſpruch machen, welche der Pupill von dem **Arrogator** ſelbſt, oder um des Arrogators Willen erhalten hat. In dieſe letzte Kategorie gehört z. B. was ein Freund oder Verwand-

1) L. 59. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2. L. 20. C. d. jure delib. VI, 30.

2) L. 2. §. 4. L. 10. §. 1. D. h. t. L. 42. pr. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2.

3) L. 10. §. 5. D. h. t.

ter des Arrogators dem Pupillen zugewandt hat [4]). Auf dieſe Weiſe kann es geſchehen, daß der Pupill, gegen die ſonſtige Regel, pro parte testatus und pro parte intestatus ſtirbt. — Von einer andern Ausnahme [5]) wird in der Folge, in der Lehre von dem militäriſchen Teſtamente die Rede ſein.

Alſo der Subſtitut iſt der Regel nach berechtigt, da, wo ein Theil des Pupillar-Vermögens vom Vater herrührt, ein anderer nicht, beiderlei Beſtandtheile des Nachlaſſes in Anſpruch zu nehmen. Auf der andern Seite iſt nun aber der Subſtitut auch nicht befugt, dieſe verſchiedenartigen Beſtandtheile des Pupillar-Vermögens zu trennen. Namentlich iſt es ihm nicht verſtattet, den Pupillen nur etwa in Hinſicht ſeines anderweitigen Vermögens, nicht aber in Anſehung der, dem Pupillen zugefallenen väterlichen Erbſchaft repräſentiren zu wollen [6]). Ja nach dem Zeugniß des Ulpianus in L. 42. pr. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2. ging Julianus ſoweit, daß er behauptete: Wenn der Pupill ſeinen Vater ipso jure beerbt, ſich aber des Beneficii abstinendi bedient hätte, ſo käme dieſes zwar ihm ſelbſt zu Statten, dergeſtalt, daß er gegen die väterlichen Creditoren geſchützt würde, nicht aber dem Pupillar-Subſtituten; dieſer, würde er die Erbſchaft des Pupillen annehmen, müßte den väterlichen Creditoren gerecht werden, gleich als hätte der Pupill nicht abſtinirt. Ulpianus bemerkt indeſſen, Marcellus habe dieſe Meinung verworfen, aus folgenden Gründen: »impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem; metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit.« Und Ulpian ſtimmt dem Marcellus bei. Eben dieſe Frage, ob nämlich der Pupillar-Subſtitut den väterlichen Creditoren verhaftet ſei, auch wenn der Pupill abſtinirt habe, wird in der L. 28. de reb. auctor. jud. possidend. XLII, 5., einer Stelle des Javolenus, aufgeworfen. Nach der Florentiniſchen Lesart ſtimmt die Entſcheidung des Javolenus mit der Meinung des Julian überein. Denn da heißt es: »Quod Praetor

4) L. 10. §. 6. D. h. t.
5) Erwähnt in cit. L. 10. §. 5. D. h. t.
6) L. 10. §. 2. D. h. t.

filio, qui a paterna hereditate se abstinet, praestat, ne bonis patris ejus venditis in eum actio detur . . . . . idem in substituto filio herede servandum non est.«

Aber in *andern* Handſchriften *fehlt* das »non.« Und für die Weglaſſung deſſelben ſpricht überdies der ganze Zuſammenhang der Stelle. Streichen wir aber das non, ſo fällt des *Javolenus* Entſcheidung ganz eben ſo aus, wie die des *Marcellus* und des *Ulpianus*, und ſo iſt denn um ſo gewiſſer dieſe letzte Meinung als die im Juſtinianiſchen Rechte anerkannte anzuſehen.

§. 848.

D. Von dem gegenſeitigen Verhältniſſe zwiſchen Vulgar- und Pupillar-Subſtitution.

Schon in früher Zeit war es bei den Römern ſehr gewöhnlich, Pupillar- und Vulgar-Subſtitution ausdrücklich mit einander zu verbinden. Der Parens ſetzte den Unmündigen zum Erben ein, und ſubſtituirte demſelben Eine und dieſelbe Perſon, ſowohl für den Fall, das der Unmündige *ſein Erbe würde* und demnächſt intra pubertatem mit Tode abginge, als auch für den Fall, daß der Unmündige ihn, *den Parens, nicht beerben ſollte* 1).

Außer dieſer Gewohnheit einer ausdrücklichen Verbindung kommt nun aber ferner in Betracht, daß man es überhaupt für wahrſcheinlich halten muß: Derjenige, welcher mich zu ſeinem *mittelbaren* Erben beſtimmt, werde für den Fall, daß die Mittelsperſon wegfallen ſollte, wünſchen, von mir *unmittelbar* beerbt zu werden. Beides nun, jene Gewohnheit und dieſe allgemeine Betrachtung, veranlaßte, daß man allmälig den Grundſatz aufſtellte: Wenn der Parens ſein unmündiges Kind inſtituirt, und demſelben pupillariter ſubſtituirt, von der Vul-

1) L. 1. §. 1. D. h. t. »Heredis substitutio duplex est, aut *simplex*; *simplex*, veluti: *Lucius Titius heres esto; si mihi Lucius Titius heres non erit, tunc Sejus heres mihi esto*; *duplex*, veluti: *Filius mihi heres esto; si heres non erit, sive erit, et intra pubertatem decesserit, tunc Cajus Sejus heres mihi esto*.« Vgl. pr. I. h. t.

gar=Subſtitution aber nichts geſagt hat, ſo iſt der Pupillar=Subſtitut im Zweifel ſo anzuſehen, wie wenn er ſtillſchweigend zugleich vulgariter ſubſtituirt wäre.

Da man nun aber einmal ſo weit war, ſo kehrte man den Satz auch um. Und demgemäß betrachtet man eine ausdrückliche Vulgar=Subſtitution zugleich als eine ſtillſchweigende Pupillar=Subſtitution, ſobald nur derjenige, auf welchen die Vulgar=Subſtitution ſich bezieht, ein ſolcher iſt, welchem der Teſtator pupillariter zu ſubſtituiren befugt war [2]).

Noch viel unbedenklicher aber iſt es, eine unbeſtimmte Subſtitution, welche der Teſtator weder als Vulgar=Subſtitution, noch als Pupillar=Subſtitution, ſondern nur im Allgemeinen als Subſtitution bezeichnet hat, auf beide Arten der Subſtitution zu beziehen, ſobald nur überhaupt bei demjenigen, welchem der Teſtator ſubſtituirt hat, beide Arten der Subſtitution zuläſſig ſind: Z. B. Einer, welcher zwei unmündige Söhne in ſeiner Gewalt hat, teſtirt folgender Maßen: „Ich ernenne meine beiden Söhne zu Erben, und zugleich ſubſtituire ich ſie einander gegenſeitig.“ Hier wird dieſe gegenſeitige Subſtitution ſowohl auf die Vorausſetzungen der Pupillar= als Vulgar=Subſtitution bezogen [3]).

Und ſo iſt nun, in ihrer ganzen Allgemeinheit ausgedrückt, die Regel dieſe:

Wo Jemand einem, von ihm Inſtituirten, dem er ſo gut pupillariter, als vulgariter ſubſtituiren konnte, einen Subſtituten gegeben hat, ohne ausdrücklich zu ſagen, daß dieſer Subſtitut vulgariter und pupillariter zugleich ſubſtituirt ſein ſolle, da wird der Subſtitut betrachtet, als wäre er ausdrücklich zugleich vulgariter und pupillariter ſubſtituirt.

2) L. 2. §. 6. L. 4. pr. D. h. t. (Modestinus) »Jam hoc jure utimur ex divi Marci et Veri constitutione, ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius heres non exstiterit, sive exstiterit, et impubes decesserit.« L. 4. C. h. t.

3) cit. L. 4. §. 1. D. h. t. »Quod jus ad tertium quoque genus substitutionis tractum esse videtur: nam si pater duos filios impuberes heredes instituat, eosque invicem substituat, in utrumque casum reciprocam substitutionem factam videri, divus Pius constituit.«

Was indeſſen die Anwendung dieſer Regel betrifft, ſo iſt wohl zu merken, daß ſie durchaus nur ſubſidiärer Art iſt, und ſie iſt gar nichts anderes, als eine geſetzlich anerkannte **Interpretatio voluntatis**, welche da wegfällt, wo entweder der Teſtator eine entgegengeſetzte Abſicht ganz ausdrücklich zu erkennen gegeben hat, oder ganz beſondere Gründe vorhanden ſind, eine entgegengeſetzte Abſicht auch nur zu vermuthen. Unſere Regel alſo gilt nur »**si voluntas parentis non refragetur**« [4]). Dieſemnach findet die Regel keine Anwendung

1. in dem Falle, wo der Teſtator ſeinem unmündigen Kinde ausdrücklich den Einen **vulgariter**, den Andern aber **pupillariter** ſubſtituirt hat [5]).

2. Wenn der Teſtator mehren Perſonen gemeinſchaftlich **vulgariter** ſubſtituirt hat, und unter jenen mehren Perſonen nur Einer, oder nur Einige in dem Verhältniß zu dem Teſtator ſtehen, daß er ihnen **pupillariter** ſubſtituiren konnte, während ſein Verhältniß zu den übrigen nur für die Vulgar-Subſtitution geeignet iſt; alsdann gilt die Vulgar-Subſtitution auch in Anſehung jener zuerſt gedachten Perſon nur eben als ſolche; denn es iſt hier offenbar die Abſicht des Teſtators, allen denjenigen, welchen er gemeinſchaftlich ſubſtituirt, auf eine gleichmäßige Weiſe zu ſubſtituiren [6]).

3. Aus demſelben Grunde gilt eine gegenſeitige Subſtitution, deren Charakter der Teſtator nicht ausdrücklich bezeichnet hat, ſondern etwa auf folgende Weiſe: »**eosque invicem substituo**«, nur als Vulgar-Subſtitution, ſobald nicht alle in ihr Begriffene in einem ſolchen Verhältniſſe zu dem Teſtator ſtehen, daß er ihnen **pupillariter** ſubſtituiren könnte [7]).

4. Auch die Entſcheidung Juſtinian's in der **L. ult. C. de institutionibus et substitutionibus sub condit. factis. VI, 25.**

4) **L. 4. §. 2. D. h. t. cit. L. 4. C. h. t.**

5) **L. 39. §. 1. D. h. t.**

6) **cit. L. 4. C. h. t.**

7) **cit. L. 4. §. 2 D. h. t.** (**Modestinus.**) »Sed si alter pubes, alter impubes hoc communi verbo: »eosque invicem substituo«, sibi fuerint substituti, in vulgarem tantummodo casum factam videri substitutionem Severus et Antoninus constituit. (Vd. **L. 2. C. h. t.**) Incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris ....« **L. 45. pr. D. h. t.** (**Paulus.**)

iſt auf nichts anderes gegründet, als auf eine ſpecielle Conjectura voluntatis. Der Fall iſt dieſer: Jemand ſetzt ſeine Frau zur Erbin ein, und neben ihr das Kind, mit welchem ſie ſchwanger geht. Auf den Fall aber, daß ihm kein Postumus geboren wird, ernennt er in deſſen Stelle einen andern Erben. Nun wird der Postumus in der That geboren, ſtirbt aber intra pubertatem; und da entſteht demnach die Frage: Soll der dem Postumus vulgariter Subſtituirte angeſehen werden, als ſei er ihm ſtillſchweigend auch pupillariter ſubſtituirt, — oder ſoll die Mutter dem Kinde ab intestato ſuccediren? Hier entſcheidet Juſtinian, daß unſere Regel, vermöge deren die Vulgar-Subſtitution eine Pupillar-Subſtitution involvirt, nur dann zur Anwendung kommen ſolle, wenn das Kind die Mutter überlebt hat.

Außerdem ſcheint von unſerer Regel überhaupt ausgeſchloſſen zu ſein die Subſtitution in einem militairiſchen Teſtamente [8]).

Zum Beſchluß habe ich noch eine Bemerkung über den Sprachgebrauch zu machen. Nämlich: Wenn Jemand inſtituirt und ein Anderer ihm ſubſtituirt iſt, ſo kommt bisweilen der Ausdruck vor, dieſer letztere ſei in primum, oder er ſei in secundum casum ſubſtituirt. Da iſt denn unter dem primus casus der Fall zu verſtehen, da der Institutus nicht Erbe wird, alſo der Fall der Vulgar-Subſtitution; unter dem secundus casus aber der Fall, da der Institutus ſtirbt, nachdem er Erbe geworden iſt, wie bei der Pupillar-Subſtitution. Daher läßt ſich denn unſer Grundſatz auch ſo ausdrücken: Wer ausdrücklich in primum casum ſubſtituirt iſt, wird angeſehen, als wäre er ſtillſchweigend auch in secundum casum ſubſtituirt — und umgekehrt. Hiermit hängt zuſammen die Art, wie unſer Grundſatz in der L. 4. pr. D. h. t. (ſ. Note 2.) alſo ausgedrückt wird: Wer ſeinem unmündigen Kinde in alterum casum ſubſtituirt hat, iſt anzuſehen, wie wenn er dem Kinde in utrumque casum ſubſtituirt hätte. Der primus casus heißt übrigens auch vulgaris casus.

8) L. 8. C. h. t. (Diocl. et Maxim.)

Eine Substitutio, die ſich auf beide Casus bezieht, vulgaris und pupillaris zugleich iſt, wird **duplex** substitutio genannt [9]).

§. 849.

E. Von der Quaſi=Pupillar=Subſtitution.

Der Mente captus iſt eben ſo unfähig, ein Teſtament zu errichten, wie der Impubes. Es zeigt ſich hier ein ähnliches Bedürfniß, daß ein Anderer ſtatt ſeiner teſtire, wie bei dem Impubes. Niemand hat wohl einen näheren Anſpruch, dieſer Andere zu ſein, als die Aeltern des Mente captus. **Vor Juſtinian** indeſſen waren ſie zur Errichtung eines Teſtaments für das geiſteskranke Kind nicht anders befugt, als wenn ſie im einzelnen Fall von dem Princeps eine beſondere Erlaubniß dazu erhalten hatten. Denn, wenn **Paulus** in L. 43. pr. D. h. t. von einer Subſtitution ſpricht in Bezug auf einen **Filius furiosus**, als ſolchen; ſo muß man dabei eine für den einzelnen Fall beſonders ausgewirkte Erlaubniß des Princeps vorausſetzen, wie der Zuſammenhang der ganzen Stelle deutlich zu erkennen gibt.

Erſt **Juſtinian** verlieh in der L. 9. C. h. t. (VI, 26.) den Aeltern eines Mente captus im Allgemeinen die Befugniß in der Seele ihres Kindes zu teſtiren; nämlich auf den Fall, daß dieſes bis an ſeinen Tod im Wahnſinn oder Blödſinn beharrte, alſo dieſer Urſache wegen bis an ſeinen Tod unfähig bliebe, ſelbſt zu teſtiren. Die Erbeseinſetzung nun in einem ſolchen Teſtamente, welches Aeltern ihrem wahnſinnigen oder blödſinnigen Kinde errichten, heißt nach der Analogie der Erbeseinſetzung im Pupillar=Teſtamente ebenfalls Substitutio. Zur Unterſcheidung indeſſen von anderen Subſtitutionen wird dieſe Subſtitution von den Neueren **quasi pupillaris** genannt, oder **exemplaris**, oder auch **Justinianea**. Jene beiden Benennungen beziehen ſich darauf, daß dieſe Subſtitution nach dem Muſter der pupillaris eingeführt iſt; Justinianea aber heißt ſie, weil das ganze Inſtitut von **Juſtinian** herrührt.

9) S. Note 1.

Die rechtliche Natur dieſes Juſtinianiſchen Inſtituts wird theils durch die Analogie der Pupillar-Subſtitution beſtimmt, theils durch dasjenige, was in der angeführten L. 9. C. h. t. und in dem §. 1. I. h. t. (II, 16.) darüber geſagt wird. Ich beſchränke mich hier darauf, nur dieſes letztere anzugeben.

1. Die Befugniß, für das wahnſinnige oder blödſinnige Kind ein Teſtament zu errichten, ſteht den Aſcendenten beiderlei Geſchlechts zu; ſie iſt nicht, wie das Recht der Pupillar-Subſtitution, an die väterliche Gewalt gebunden.

2. Sie bezieht ſich nicht bloß auf Kinder des erſten, ſondern auch auf Deſcendenten entfernteren Grades, ohne Unterſchied des Geſchlechts, welches der Analogie der Pupillar-Subſtitution gemäß iſt.

3. Es wird erfordert, daß das Kind »perpetuo mente captus« ſei, d. h. daß es ſich in einem anhaltenden Zuſtande von Geiſteskrankheit befinde.

4. Die Aeltern, wenn ſie dem Mente captus ſubſtituiren wollen, müſſen demſelben in ihrem eigenen Teſtamente den Pflichttheil hinterlaſſen.

5. Die dieſer Subſtitution weſentliche und eigenthümliche Bedingung iſt: Falls das Kind ſtirbt, ohne zu dem gehörigen Gebrauch ſeines Verſtandes gelangt zu ſein. Von dem Augenblicke an, da das Kind aufhört Mente captus zu ſein, erliſcht die Subſtitution.

6. Es hängt nicht ſchlechthin von der Willkür der Aeltern ab, zu weſſen Gunſten ſie über das Vermögen des Kindes disponiren wollen. Sondern, wenn der Mente captus Deſcendenten hat, welche nicht ſelbſt ebenfalls Mente capti ſind, ſo darf der Parens des Mente captus dieſem keinen Andern ſubſtituiren. Er muß nothwendig alle, oder einige, oder wenigſtens Einen dieſer Deſcendenten zu Erben des Mente captus ernennen.

Hat der Mente captus keine ihres Verſtandes mächtige Deſcendenten, wohl aber Geſchwiſter, bei welchen dieſes der Fall iſt, ſo müſſen eben dieſe, wenigſtens Eines von ihnen ſubſtituirt werden. Und nur erſt, wenn keiner der eben bezeich-

neten beiden Fälle Statt findet, nur dann erſt hängt es von der Willkür des Parens ab, wen er zum Erben des **Mente captus** ernennen will.

Dies ſind die ausdrücklichen Beſtimmungen alle, welche ſich über die rechtliche Natur der **Substitutio quasi pupillaris** vorfinden.

Daß dieſe Beſtimmungen nun aber manche Zweifel übrig laſſen, liegt am Tage. So, um nur Eins hervorzuheben, iſt die Befugniß, zu ſubſtituiren, den Aeltern überhaupt gegeben, ohne daß darüber etwas beſtimmt wäre, wie es gehalten werden ſolle, wenn Mehre zugleich ſich dieſer Befugniß bedienen; namentlich wenn Vater und Mutter zugleich ſubſtituiren, und Jeder andere Perſonen zu Erben ernennt. Daher denn auch bei unſeren neueren Juriſten hierüber die verſchiedenſten Meinungen vorkommen:

1. Die Einen ſagen: der vom Vater Subſtituirte erhält das vom Vater herrührende Vermögen des **Mente captus** — wogegen das mütterliche Vermögen dem von der Mutter Subſtituirten zufällt. In dem anderweitigen Vermögen des **Mente captus** concurriren die beiderſeitig Subſtituirten [1]).

2. Nach einer andern Meinung, welche im Uebrigen mit der eben angeführten übereinſtimmt, ſoll der vom Vater Subſtituirte, nicht bloß in dem väterlichen, ſondern auch in dem weder vom Vater, noch von der Mutter herrührenden Vermögen den Vorzug haben [2]).

3. Wieder Andere räumen dem väterlichen Subſtituten vor dem mütterlichen ſchlechthin und in jeder Beziehung den Vorzug ein [3]).

4. Eigenthümlich iſt die Anſicht, welche Thibaut aufſtellt [4]). Er ſagt: Der väterliche Subſtitut geht in ſo weit vor, als er noch als Pupillar-Subſtitut angeſehen werden kann;

1) So **Lauterbach**, Collegium theoret. pract. XXVIII, 6. §. 39. Höpfner, Commentar. §. 510. Note I. **Hofacker**, Principia jur. civ. §. 1318. Nach Lauterbach's Verſicherung iſt dieſe Anſicht in der Praxis angenommen.

2) Siehe Höpfner a. a. O.

3) So **Donellus**, Commentarii jur. civ. VI, 27.

4) Syſtem des Pand. R. §. 840.

ſonſt müſſen ſich die verſchiedenen Subſtituirten, wie concurrirende Miterben beſchränken.

Mir ſcheint, man muß dieſe Anſicht mit der unter Nr. 1. angeführten verbinden. Nämlich: ſind die Vorausſetzungen der Pupillar-Subſtitution vorhanden, iſt alſo der Mente captus in der Gewalt des ſubſtituirenden Vaters, ſtirbt er noch vor erlangter Pubertät u. ſ. w., ſo geht der vom Vater Subſtituirte vor; die vom Vater angeordnete Substitutio quasi pupillaris wird als pupillaris behandelt; oder wie wir es auch ausdrücken können: In der ausdrücklich angeordneten Substitutio quasi pupillaris iſt eine ſtillſchweigende pupillaris enthalten — auf eine ähnliche Weiſe, wie eine ausdrückliche Pupillar-Subſtitution eine ſtillſchweigende Vulgar-Subſtitution enthält und umgekehrt. Außerdem aber erhält der väterliche Subſtitut die Bona paterna, und der mütterliche die Bona materna, während das übrige Vermögen des Mente captus unter die beiderſeitigen Subſtituten vertheilt wird.

IV. Von der Erbeseinſetzung ihrer Nothwendigkeit nach *). (§. §. 850—866.)

† INST. II, 13. De exheredatione liberorum. — † DIG. XXVIII, 2. De libeiis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis. — † COD. VI, 28. De liberis praeteritis vel exheredatis. VI, 29. De postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis. — NOV. 115. c. 3—5.

§. 850.

A. Einleitung.

Wer ein Teſtament errichtet, iſt bisweilen genöthiget, gewiſſe Perſonen entweder zu Erben einzuſetzen, oder ſie auf eine geſetzlich beſtimmte Weiſe auszuſchließen von der Erbfolge; wofern er anders die Wirkſamkeit ſeines Teſtaments nicht in Gefahr ſetzen will. Diejenigen, zu Gunſten

*) Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. Göttingen, 1831.

derer ein ſolcher geſetzlicher Zwang Statt findet, pflegt man Notherben zu nennen.

Vor der Nov. 115. nun bezog dieſer Zwang ſich nur auf Teſtamente der Männer; und nur gewiſſe Deſcendenten waren es, welche entweder zu Erben eingeſetzt oder förmlich ausgeſchloſſen werden mußten. Daher iſt denn auch in den hieher gehörigen Titeln der Inſtitutionen, der Pandekten und des Codex nur von Kindern die Rede. Die Nov. 115. dagegen hat jenem Zwange eine größere Ausdehnung gegeben: er iſt nicht mehr beſchränkt auf Teſtamente der Männer; und diejenigen, welche entweder zu Erben eingeſetzt, oder förmlich ausgeſchloſſen werden müſſen, ſind nicht bloß Deſcendenten, ſondern es gehören dahin auch gewiſſe Aſcendenten. Und noch in gar mancher anderer Beziehung hat Juſtinian das früher in Anſehung der Notherben geltende Recht durch die Nov. 115. abgeändert.

Um indeſſen das Verhältniß der Nov. 115. zu dem früheren Rechte — ein Gegenſtand, über welchen die Meinungen der Neueren ſehr verſchieden ſind — aus dem richtigen Geſichtspunkte auffaſſen zu können, und ſo zu einem ſicheren Reſultat in Betreff des neueſten Juſtinianiſchen Rechts zu gelangen, iſt es unumgänglich nothwendig, daß man zuerſt das Recht, wie es vor der Nov. 115. beſtand, im Zuſammenhange und ohne alle Rückſicht auf die Novelle kennen lerne. Dabei kommt es nun zwar zunächſt und hauptſächlich auf die Grundſätze des früheren Civilrechts an; allein, um die Bedeutung der Nov. 115. in ihrem ganzen Umfange zu erkennen, iſt es nothwendig, zugleich auf die Beſtimmungen des prätoriſchen Rechts, im Allgemeinen wenigſtens, mit Rückſicht zu nehmen.

B. Recht vor der Novelle 115. (§. §. 851—860)

A. Grundſätze des früheren Civilrechtes. (§. §. 851—857.)

§. 851.

a. Von den Notherben im Allgemeinen.

Die Grundſätze des früheren Civilrechts betreffen lediglich

den Einfluß, welchen das Vorhandenſein von **suis heredibus** auf die Gültigkeit eines Teſtaments hat.

Der Begriff eines **suus heres** iſt nun aber hier folgender Maßen zu beſtimmen. Es gehört dahin

1. Jeder, welcher der väterlichen Gewalt eines Teſtators in der That unmittelbar unterworfen iſt.

2. Man rechnet aber dahin auch denjenigen, welcher erſt nach des Teſtators Tode geboren iſt, und ſonach deſſen väterlicher Gewalt nicht wirklich unterworfen ſein konnte — der nun aber doch zur Todeszeit des Teſtators bereits concipirt war, und des Teſtators väterlicher Gewalt unmittelbar unterworfen geweſen ſein würde, wenn er damals auch ſchon geboren geweſen wäre. Nur wird allerdings vorausgeſetzt, daß ein ſolcher Nachgeborner als ein lebendiges und lebensfähiges Kind zur Welt kommt. (Vergl. §. 33. Note 6.)

Im älteren, vorjuſtinianiſchen Rechte kam bei der Beſtimmung des Begriffs eines **suus heres** nicht bloß die Unterwürfigkeit unter die väterliche Gewalt des Teſtators in Betracht; ſondern bei Perſonen weiblichen Geſchlechts konnte die Suität auch dadurch begründet werden, daß ſie ſich in **manu mariti** befanden. Dem Juſtinianiſchen Rechte jedoch iſt dieſes letztere Verhältniß der Gewalt fremd.

Frauen nun können über Niemanden väterliche Gewalt haben. Daher lag es in der Natur der Sache, daß die Grundſätze, welche das frühere Civilrecht in Hinſicht der Notherben aufſtellte, auf die Teſtamente der Frauen keine Anwendung finden konnten. Und ſelbſt bei einem Manne gehörten Enkel und Enkelinnen durch eine Tochter, und überhaupt alle Deſcendenten, deren Abſtammung von ihm, durch Perſonen weiblichen Geſchlechts vermittelt wurde, als ſolche, nicht in die Reihe der Notherben, da ſie ſeiner Gewalt nicht unterworfen waren [1]).

Fragen wir nun aber weiter: Worin beſteht denn der Einfluß, welchen, nach früherem Civilrecht, das Vorhandenſein von **suis heredibus** auf die Gültigkeit eines Teſtaments hat? ſo iſt

1) Siehe §. 7. I. h. t.

die Antwort dieſe: Jener Einfluß wird durch zwei Hauptgrundſätze beſtimmt:

A. Der erſte Grundſatz lautet ſo: Der Teſtator muß diejenigen Perſonen, welche ihm Sui ſind ſchon zur Zeit des errichteten Teſtaments, entweder auf die gehörige Weiſe zu Erben einſetzen, oder rite exherediren; er darf ſie nicht präteriren, ſonſt iſt ſein Teſtament gleich von Anfange her fehlerhaft.

Hiernach wird es alſo dem Teſtator keineswegs zur Pflicht gemacht, daß er die Sui, welche er hat, gerade zu Erben einſetze; vielmehr, ob der Teſtator ſeine Sui zu Erben einſetzen will oder nicht, das hängt lediglich von ſeinem Gutdünken ab; nur muß er, wenn die Kinder nicht Erben ſein ſollen, ſich darüber auf eine entſchiedene Weiſe erklären; er muß die Kinder dann exherediren; er darf ſie nicht präteriren. Mit dieſem Ausdruck »praeterire« hat es übrigens folgende Bewandtniß: Praeterire heißt hier, in dieſer Lehre, nicht, Jemanden im Teſtamente ganz und gar mit Stillſchweigen übergehen — ſondern es heißt nur, ihn mit Stillſchweigen übergehen in Beziehung auf die Erbfolge — ihn weder zum Erben einſetzen, noch auch erklären, daß er nicht Erbe ſein ſolle. So alſo kann Jemanden ein Vermächtniß hinterlaſſen ſein, und man wird von ihm doch ſagen müſſen, er ſei präterirt, wenn er weder inſtituirt, noch auch exheredirt iſt. Wobei denn noch zu bemerken iſt, daß es dem gänzlichen Stillſchweigen gleich geachtet wird, wenn einer zwar inſtituirt, oder exheredirt iſt, aber nicht rite, nicht auf die gehörige Weiſe.

So viel für jetzt über dieſen erſten Hauptgrundſatz. Die nähere Erörterung deſſelben wird den Gegenſtand ausmachen der §. §. 852 — 854.

B. Der zweite Grundſatz iſt folgender: Wenn ſich nach errichtetem Teſtamente ein suus heres anfindet, ſo verliert das Teſtament dadurch ſeine ganze Kraft. Die Römiſchen Juriſten pflegen dies ſo auszudrücken: »Testamentum sui heredis agnatione rumpitur.«

Daß aber ein ſolcher Suus ſich hinterdrein noch anfindet,

das kann auf mehr als Eine Weiſe geſchehen. Und es iſt, wegen des weiteren Verfolges, nothwendig, ſich mit der verſchiedenen Art und Weiſe, wie dies geſchehen kann, bekannt zu machen. Es kann aber geſchehen

1. durch die Geburt eines Solchen, der im eigentlichen Sinne des Worts für einen suus postumus gilt. Darunter wird derjenige verſtanden, welcher zur Zeit des errichteten Teſtaments noch nicht geboren iſt, ſondern nachher erſt, alſo post testamentum conditum, zur Welt kommt, und zwar dergeſtalt, daß er gleich im Augenblicke ſeiner Geburt ein Suus des Teſtators iſt. Dabei läßt ſich denn wiederum ein doppelter Fall denken:

a. Der Postumus kann geboren werden nicht nur post testamentum conditum, ſondern zugleich auch post mortem testatoris. Z. B. der Teſtator ſtirbt mit Hinterlaſſung einer ſchwangeren Wittwe, die nun erſt nach des Teſtators Tode einen Sohn zur Welt bringt.

b. Der Postumus kann aber auch geboren werden zwar nach errichtetem Teſtamente, aber doch noch bei des Vaters Leben [2]).

2. Aber der Suus, welcher ſich nach errichtetem Teſtamente anfindet, kann auch ſehr füglich ein zur Zeit des Teſtaments bereits Geborener ſein, der nur damals zu dem Teſtator nicht in dem Verhältniß eines Suus ſtand, ſondern erſt nachher in dieſes Verhältniß eingetreten iſt.

So kann es namentlich geſchehen, daß Jemand ſchon zur Zeit des errichteten Teſtaments in des Teſtators Gewalt ſtand, daß aber da zwiſchen ihm und dem Teſtator noch eine Mittelsperſon vorhanden war, welche erſt ſeitdem weggefallen iſt. Von einem ſolchen ſagt man, er ſei ein Suus geworden succedendo in locum sui heredis. Z. B. A. hat, indem er teſtirt, einen Sohn B. in ſeiner Ge-

2) Daß auch die nach errichtetem Teſtamente, bei dem Leben des Teſtators Geborenen ſchlechthin sui postumi genannt werden, lehrt Ulp. XXII. §. 19. coll. XXII. §. 15. In der L. 3. §. 1. D. d. injusto, rupto, irrito etc. XXVIII, 3. will Ulpian allerdings nur die post mortem parentis Geborenen Postumi genannt wiſſen.

walt, und zugleich durch dieſen Sohn einen Enkel C. Da iſt nun zur Zeit des errichteten Teſtaments nur B. ein Suus des A.; denn nur er iſt der Gewalt des A. unmittelbar unterworfen. Wenn aber in der Folge, noch bei dem Leben des A., B. ſtirbt, oder emancipirt wird, oder ſonſt aufhört, der Gewalt des A. unterworfen zu ſein, ſo wird nun C. unmittelbar in des A. Gewalt ſtehen — er wird jetzt in der Gewalt des A. die Stelle einnehmen, welche bis dahin B. einnahm. Von ſolchen Perſonen nun, welche in locum sui heredis ſuccediren, heißt es in unſern Quellen, ſie wären **Postumorum loco** [3]).

Aber daſſelbe kann man auch von ſolchen ſchon Geborenen ſagen, welche zur Zeit des errichteten Teſtaments gar nicht einmal in des Teſtators Gewalt ſtehen, ſondern dieſem in der Folge etwa durch Adoption zu Suis wurden [4]). Der Adoption aber iſt gleich zu achten im neueren Rechte die Legitimation, im älteren Rechte die **Causae probatio**, die **Conventio in manum mariti**, und die Manumiſſion eines vom Vater erſt Ein oder zwei Mal mancipirten Sohnes; denn dieſe hatte ja den Rückfall in die väterliche Gewalt zur Folge [5]).

3. Außer dieſen beiden Claſſen von **Postumi** iſt indeſſen noch eine dritte Gattung von Suis möglich, welche nach errichtetem Teſtamente ſich anfinden — und dieſe Gattung ſteht gewiſſer Maßen zwiſchen den beiden, von welchen bisher die Rede geweſen iſt, in der Mitte. Ich meine diejenigen, welche erſt nach errichtetem Teſtamente geboren werden, aber doch nicht gleich bei ihrer Geburt ſchon Sui ſind, ſondern dies ſpäterhin erſt werden — dadurch etwa, daß ſie in die Stelle einer Mittelsperſon eintreten. Z. B. A. errichtet ein Teſtament zur Zeit, wo er nur einen Sohn B. in ſeiner Gewalt hat. In der Folge erhält er durch dieſen Sohn einen Enkel C. Iſt nun da der B. noch am Leben, und in des A.

3) L. 13. D. d. injusto, rupto, irrito etc. XXVIII, 3. §. 2. I. h. t.

4) §. 1. I. quib mod. test. infirm. II, 17.

5) Gaj. II. §. §. 138 — 143. Ulp. XXIII. §. 3.

Gewalt, ſo wird C. bei ſeiner Geburt kein Suus ſein des A. Wenn aber ſpäter der B. ſtirbt, oder emancipirt wird, u. ſ. w., ſo kann C. dadurch zu einem Suus des A. werden. Auch Perſonen dieſer Art nun werden wir als Sui postumi anzuſehen haben, wenn ſie ſchon nicht gerade Sui postumi im eigentlichen Sinne des Wortes ſind [6]).

Und ſo können wir denn, indem wir den Ausdruck Suus postumus in einer weiteren Bedeutung nehmen, und alle bisher bezeichneten Perſonen darunter begreifen, den Grundſatz, von welchem hier die Rede iſt, auch ſo ausdrücken: Ein vorhandenes Teſtament wird durch die Exiſtenz eines Suus postumus rumpirt.

Der Grund iſt im Allgemeinen dieſer: Es ſteht anzunehmen, der Teſtator würde anders teſtirt haben, wenn der Suus, welcher erſt ſpäterhin ſich angefunden hat, ſchon zur Zeit des Teſtaments vorhanden geweſen wäre.

Dieſer Grund veranlaßt nun aber allerdings die Frage: Wird das Teſtament auch dann rumpirt werden, wenn der ſich ſpäterhin anfindende Suus darin im Voraus ſchon inſtituirt oder exheredirt iſt? Wird nicht durch eine ſolche Inſtitution oder Exheredation die außerdem eintretende Ungültigkeit des Teſtaments verhütet werden können? Die Antwort auf dieſe Frage verſpare ich für die §. §. 855 — 857., in welchen der hier in Rede ſtehende Grundſatz näher erörtert werden ſoll.

b. Insbeſondere. (§. §. 852 — 857.)

α. Von Notherben, welche vorhanden ſind ſchon zur Zeit des errichteten Teſtamentes. (§. §. 852 — 854.)

§. 852.

a. Von der Inſtitution derſelben.

Auf das Quantitative des Objects kommt es bei der Erbeseinſetzung nicht an. Die Folgen, welche die Präterition

6) Vergl. L. 29. §. 15. D. h. t.

eines Suus mit ſich führt, werden verhütet, auch wenn dieſer Suus nur in minima parte inſtituirt wird.

Dagegen kommt der Umſtand allerdings in Betracht, ob der Suus pure, oder nur sub conditione inſtituirt iſt. Angenommen, es fehlte in unſeren Quellen an allen beſonderen Beſtimmungen über dieſen Gegenſtand, ſo würden wir, indem wir nur die Natur der Sache zu Rathe zögen, ſagen müſſen: Wer einen Suus sub conditione inſtituirt, und ihn zu gleicher Zeit sub contraria conditione exheredirt, der genügt der geſetzlichen Vorſchrift; derjenige dagegen, welcher einen Suus sub conditione inſtituirt, ohne ihn sub contraria conditione zu exherediren, der hat dieſen Suus für den Fall, daß die Bedingung der Inſtitution unerfüllt bleibt, weder inſtituirt, noch auch exheredirt; er hat alſo für dieſen Fall den Suus präterirt, und ſonach der geſetzlichen Vorſchrift nicht in aller Strenge Genüge geleiſtet.

Wenn wir uns nun aber nach den in unſeren Quellen vorkommenden ſpeciellen Beſtimmungen umſehen; ſo finden wir, die Römiſchen Juriſten nehmen die Sache nicht ſo ſtreng förmlich. Sie halten im Allgemeinen auch ſchon eine bedingte Erbeseinſetzung für zureichend, ohne zu fordern, daß der ſo Inſtituirte sub contraria conditione exheredirt ſei. Und nur die Inſtitution eines Sohnes macht hiervon eine Ausnahme. Wer einen ſeiner Gewalt unterworfenen Sohn sub conditione inſtituirt, muß ihn unter der entgegengeſetzten Bedingung exherediren, ſonſt wird der Sohn als gar nicht inſtituirt angeſehen, außer, wenn er unter einer in ſeiner Potestas ſtehenden Bedingung inſtituirt iſt; alsdann bedarf es, ſelbſt bei einem Sohne, der Enterbung unter der entgegengeſetzten Bedingung nicht [1]).

1) L. 4. pr. D. d. hered. inst. XXVIII, 5. (Statt »etsi patrem« muß bloß »si patrem« geleſen werden.) Wie das in potestate esse zu nehmen ſei, ſiehe cit. L. 4. §. 1. D. eod. Vergl. auch L. 5. D. eod. (ſ. unten §. 855. Note 2.) und L. 28. D. d. conditionib. inst. XXVIII, 7. coll. cit. L. 4. §. 2. D. d. hered. inst.

§. 853.

b. Von der Exheredation derſelben.

Um ſagen zu können, der **Suus** ſei **rite** exheredirt, dazu iſt Folgendes erforderlich:

1. Die Exheredation darf nicht ſo gefaßt ſein, als ſollte ſie ſich nur auf einen Theil der Erbſchaft beziehen [1]).

2. Hat der Teſtator mehre Grade der Erbeseinſetzung angeordnet, ſo muß die Exheredation ſich auf alle dieſe Grade beziehen. Iſt irgend ein Grad vorhanden, in Hinſicht deſſen der **Suus** weder inſtituirt, noch auch exheredirt iſt — ſo treten in Anſehung dieſes Grades die Folgen der Präterition ein. Z. B., wenn Jemand, der einen Sohn in ſeiner Gewalt hat, folgender Maßen teſtirt: »**A.** ſoll mein Erbe ſein. Falls aber der **A.** mich nicht beerbt, ſo ſoll **B.** in ſeine Stelle treten, und mein Sohn von der Erbſchaft ausgeſchloſſen ſein.« Hier hat der Teſtator zwei Grade der Erbeseinſetzung angeordnet. **A.** iſt im erſten, **B.** im zweiten Grade inſtituirt. In Beziehung auf den erſten Grad hat der Teſtator ſeinen Sohn mit Stillſchweigen übergangen, in Beziehung auf den zweiten hat er ihn exheredirt. Davon iſt nun aber die Folge dieſe, daß die Erbeseinſetzung des erſten Grades unwirkſam bleibt, und daß die Erbſchaft bei des Teſtators Tode ſofort dem im zweiten Grade Inſtituirten, dem **B.**, deferirt wird [2]).

Uebrigens ſieht man bei der Anwendung dieſes Grundſatzes weniger auf den Ausdruck, als auf die Abſicht des Teſtators. Es kann ſein, ausdrücklich hat der Teſtator der Exheredation keine Beziehung auf alle Grade gegeben — dennoch wird man ihr dieſe beilegen, ſobald ſich nur mit einiger Wahrſcheinlichkeit annehmen läßt, daß der Teſtator die Abſicht gehabt habe, den Exheredirten von allen Graden auszuſchließen [3]). Außerdem verdient noch bemerkt zu werden: Iſt der **Suus** inſtituirt, ſo

1) **L. 19. D. h. t.** Vgl. **L. 19. D. d. injusto, rupto, irrito etc. XXVIII, 3.**

2) **L. 3. §. 6. L. 8. D. h. t.**

3) **cit. L. 3. §. §. 3—5. D. h. t. L. 1. C. h. t.**

braucht er von dem folgenden Grade überall gar nicht exheredirt zu werden [4]).

3. Die Exheredation muß pure abgefaßt werden [5]); ſie darf namentlich keine bedingte ſein, außer inwieweit der bedingter Weiſe Exheredirte unter der entgegengeſetzten Bedingung inſtituirt iſt. Es gilt das nicht etwa bloß von der Exheredation eines Sohnes, ſondern es gilt allgemein. Und zwar deshalb: Wenn Jemand ein Kind unter einer Bedingung exheredirt, ohne es unter der entgegengeſetzten Bedingung zu inſtituiren, ſo iſt allerdings zu vermuthen, ſeine Abſicht ſei dieſe: das Kind ſolle, wenn die Bedingung der Exheredation nicht in Erfüllung gehe, Erbe ſein. Das kann es aber nicht ſein, ſobald es nicht ausdrücklich zum Erben ernannt iſt.

In den Quellen iſt öfters davon die Rede, daß Niemand **post mortem suam** exheredirt werden dürfe [6]). Dieſe Beſtimmung läßt ſich eben auch unter den Grundſatz ſubſumiren, daß die **Exheredatio** eine **pura** ſein müſſe; allein auch abgeſehen davon muß eine Exheredation der gedachten Art als widerſinnig erſcheinen.

Ebenfalls hieher iſt es zu ziehen, daß Niemand **post aditam hereditatem** exheredirt werden darf [7]).

4. In Beziehung auf die Form der Exheredation unterſchied das vorjuſtinianiſche Recht zwiſchen Söhnen und anderen Deſcendenten. Dieſe letztern, diejenigen **Sui** alſo, welche keine Söhne des Teſtators waren, brauchten bei der Exheredation nicht ſpeciell bezeichnet zu werden; ſie konnten, wie die Römiſchen Juriſten ſich ausdrücken, **inter ceteros** exheredirt werden, d. h. es genügte, wenn der Teſtator, nachdem er geſagt hatte, wer ihn beerben ſolle, die allgemeine Clauſel hinzufügte: »**Ceteri exheredes sunto**«, „alle Uebrige, die ſonſt etwa Anſprüche auf meine Erbſchaft machen könnten, ſollen ausgeſchloſſen ſein.“ Söhne dagegen mußten **nominatim** exhere-

4) L. 14. §. 1. D. h. t. L. 4. §. 2. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

5) L. 3. §. 1. D. h. t. L. 18. pr. D. d. B. P. c. t. XXXVII, 4.

6) Vgl. L. 13. §. 2. L. 29. §. 10. D. h. t. L. 28. pr. D. eod. L. 4. §. 2. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

7) L. 3. §. 2. D. h. t. L. 68. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

dirt werden; doch achtete man der namentlichen Bezeichnung jede andere individuelle Bezeichnung gleich — und ſo war alſo die Bedeutung dieſes Erforderniſſes keine andere, als die: „Jene allgemeine Clauſel »ceteri exheredes sunto«, reicht da, wo es auf die Exheredation eines Sohnes ankommt, nicht hin; ſondern es bedarf einer ſich auf den Sohn beziehenden ſpeciellen Exheredation [8]). Juſtinian aber hat in der L. ult. C. de liberis praeteritis VI, 28. dieſen Unterſchied aufgehoben. Was nach früherem Rechte nur bei Söhnen beobachtet zu werden brauchte, das ſoll jetzt in Hinſicht aller Sui beobachtet werden. Alle Sui ſollen nominatim, alſo ſpeciell exheredirt werden [9]).

§. 854.

c. Von den rechtlichen Folgen der Präterition.

Die Frage iſt hier: Welche rechtliche Folgen hat es, wenn ein zur Zeit des errichteten Teſtaments vorhandener Suus weder gehörig inſtituirt, noch auch rite exheredirt iſt?

Auch hier, wie in ſo mancher anderen Beziehung, unterſchied das vorjuſtinianiſche Recht zwiſchen Söhnen und anderen Suis. Durch die Präterition eines Sohnes ward das Teſtament ſeinem ganzen Umfange nach ungültig. Und zwar betrachteten die Sabinianer dieſe Ungültigkeit als eine abſolute; ſie ſahen das Teſtament als ein **Testamentum nullum** an, welches ungültig bliebe, auch wenn etwa der präterirte Sohn noch vor dem Vater ſtürbe. Dagegen war nach der Meinung der Proculejaner die Ungültigkeit des Teſtaments nur eine relative, zu Gunſten des präterirten Sohnes. Und demgemäß behaupteten ſie: das Teſtament müſſe als gültig betrachtet werden, wenn der präterirte Sohn vor dem Teſtator mit Tode abginge, und nun alſo ſelbſt kein Intereſſe mehr daran hätte, daß es als ungültig angeſehen würde. Waren dagegen andere Sui präterirt, ſo war man darüber einig, daß das Teſtament auf keine Weiſe als nichtig

8) Siehe Gaj. II. §. §. 123. 127. L. 1. L. 2. L. 3. pr. D. h. t. 128. Ulp. XXII. §. 20. pr. I. h. t.

9) Vergl. auch §. 5. I. h. t.

angeſehen werden könne; ſondern der Erfolg beſtand nur darin, daß bei dem Tode des Teſtators die übergangenen Sui verlangen konnten, mit zur Erbſchaft zugelaſſen zu werden; ſie ſuccedirten nun neben den im Teſtamente inſtituirten Erben, indem ſie dieſen einen Theil der Erbſchaft entzogen; das Teſtament erwies ſich alſo nur nicht ſeinem ganzen Umfange nach wirkſam. Dieſen Erfolg drücken die claſſiſchen Juriſten ſo aus; ſie ſagen von den übergangenen Suis: »scriptis heredibus accrescunt«[1]).

Wie nun aber verhält es ſich nach Juſtinianiſchem Rechte, nämlich nach den Beſtimmungen des Juſtinianiſchen Rechts vor der Nov. 115.?

In die Juſtinianiſchen Rechtsbücher iſt, was die Präterition eines Sohnes betrifft, nur die Meinung der Sabinianer aufgenommen: Die Nichtigkeit des Teſtaments, welche die Folge iſt einer ſolchen Präterition, wird durchweg als eine abſolute behandelt[2]).

Was aber anbelangt die Präterition anderer Sui — ſo hat Juſtinian in der ſchon angeführten L. ult. C. de liberis praeteritis. VI, 28. verordnet, daß dieſe ganz dieſelben Wirkungen haben ſolle, wie die Präterition eines Sohnes. Alſo von einem Jus accrescendi iſt nicht mehr die Rede; auch da, wo dieſes ehemals Statt fand, iſt das Teſtament ſeinem ganzen Umfange nach nichtig[3]).

β. Von Notherben, welche ſich anfinden erſt nach errichtetem Teſtamente. (§. §. 855—857.)

§. 855.

a. Vorerinnerung.

Wir kommen hier an den zweiten jener beiden Hauptgrundſätze, deren ich in dem §. 851. gedacht habe.

1) Wegen alles hier Geſagten verweiſe ich auf Gaj. II §. §. 123. 124. Ulp. XXII. § §. 16. 17. Paul. III, 4. B. §. 8. pr. I. h. t.

2) L. 7. L. 8. D. h. t. pr. I. h. t.

3) Vergl. §. 5. I. h. t.

Dieſem Grundſatze zu Folge wird ein Teſtament durch die Exiſtenz eines **Suus postumus rumpirt**, das von Anfange her gültige Teſtament wird ſeinem ganzen Umfange nach vernichtet — und dieſe Nichtigkeit iſt eine abſolute [1])

Dabei verſteht es ſich indeſſen, daß der Exiſtenz eines **Postumus** dieſe aufhebende Kraft nur inſofern beigelegt werden kann, als das von Anfange gültige Teſtament nicht ſchon aus einem andern, ſeit Errichtung deſſelben eingetretenen, Grunde ſeine Gültigkeit verloren hat. Von einem **rumpi** durch den **Postumus** kann nur die Rede ſein bei demjenigen, was an und für ſich noch beſteht, nicht aber bei demjenigen, was ohnehin ſchon zu beſtehen aufgehört hat. Denken wir uns daher folgenden Fall: der im Teſtamente ernannte Erbe iſt **sub conditione** inſtituirt. Findet ſich hier der **Postumus** an zu einer Zeit, wo die Bedingung der Erbeseinſetzung **in pendenti** iſt, ſo werden wir ſagen: Das Teſtament wird durch den **Postumus rumpirt** Eben ſo, wenn der **Postumus** ſich anfindet nach erfüllter Bedingung. Dagegen: Findet er ſich an, nach bereits ausgefallener Bedingung, ſo hat ja das Teſtament ſchon durch den Ausfall der Bedingung ſeine Kraft verloren, und kann alſo nicht mehr rumpirt werden. Was ich hier von dem Teſtamente im Ganzen geſagt habe, das findet bei einem Teſtament, in welchem der Teſtator mehre Grade gemacht hat, auch auf die einzelnen Grade Anwendung [2]).

1) Siehe §. §. 1. 2. I. h. t. §. 1. I. quib. mod. test. infirm. II, 17. L. 12. pr. L. 14. pr. D. h. t. L. 1. C. d. postum. heredib. instit. VI, 29.

2) Vergl. L. 5. D. d. injusto, rupto, irrito etc. XXVIII, 3. (Ulpianus.) »Nam et si sub conditione sit heres institutus quis, a quo postumus non est exheredatus, tamen pendente conditione rumpitur gradus, ut et Julianus scripsit. Sed et si sit ei substitutus quis, tamen, deficiente conditione primi gradus, non admittetur substitutus, a quo scilicet postumus exheredatus non est. [Francke a. a. O. §. 7. Note 26. hält dafür, daß dieſes letzte non zu ſtreichen ſei. Und dafür ſpricht denn auch, wie es ſcheint, der Zuſammenhang der Stelle.] Puto igitur, existente quidem conditione primi gradus, postumo potius locum fore; post defectum autem conditionis natus postumus gradum non rumpit, quia nullus est. Rumpendo autem testamentum sibi locum facere postumus solet, quamvis filius sequentem gradum, a quo exheredatus est, patiatur valere. Sed si a primo gradu

Aber nun fragt es ſich: Kann das Ungültigwerden des Teſtaments nicht verhütet werden durch Inſtitution oder Exheredation?

Zuerſt von jener, der Inſtitution.

§. 856.

b. Von der Inſtitution ſolcher Notherben.

Nach der urſprünglichen Strenge des Rechts müſſen wir behaupten: der **Postumus** wird das Teſtament rumpiren, auch wenn er darin inſtituirt iſt. Denn war der **Postumus** zur Zeit des Teſtaments noch nicht geboren, ſo kann ja die Erbeseinſetzung deſſelben, wegen der Regel von der **incerta persona**, überall gar nicht gelten; war er aber bereits geboren, ſo war er doch wenigſtens zur Zeit der Erbeseinſetzung noch kein **Suus**; er iſt alſo doch nicht als ſolcher inſtituirt.

Von dieſer urſprünglichen Strenge des Rechts wich man nun aber allmälig ab. Ich will jetzt die wichtigſten einzelnen Gradationen dieſer Abweichung angeben:

Die erſte Abweichung von der Regel, welche ſchon in eine ſehr frühe Zeit fällt, betraf ſolche Deſcendenten, welche nach des Teſtators Tode als **Sui** geboren wurden, und dieſem auch ſchon zur Zeit des errichteten Teſtaments **Sui** geweſen ſein würden, wenn ſie anders damals geboren geweſen wären. Angenommen alſo: Einer hatte in ſeinem Teſtamente geſagt: „Sollte mir von meiner Frau nach meinem Tode noch ein Sohn geboren werden, ſo ſoll dieſer Sohn mein Erbe ſein“; ſo ward das Teſtament durch die Geburt dieſes Sohnes nicht rumpirt.

praeteritus, a secundo exheredatus sit, si eo tempore nascatur postumus, quo aliquis ex institutis vixit, totum testamentum ruptum est; nam tollendo primum gradum sibi locum faciet.« Aus dieſem Zuſammenhange der Stelle ergibt ſich auch, daß bei »**deficiente conditione primi gradus**« vorauszuſetzen iſt, daß der **Postumus** geboren iſt vor dem Ausfall der Bedingung. Denn iſt er ſpäter erſt geboren, ſo kann er den erſten Grad nicht mehr rumpiren. Das Teſtament fängt nun gleich mit dem zweiten Grade an, und von dieſem iſt er gültig exheredirt; alſo gelangen auch die Subſtituten zur Erbfolge. Vgl. **L. 14. pr. D. h. t.**

Später erſt ward eine zweite Ausnahme von der Regel angenommen, nämlich in Hinſicht ſolcher erſt nach des Teſtators Tode geborener Sui, welche, wenn ſie ſchon zur Zeit des errichteten Teſtaments geboren geweſen wären, damals, wegen des Vorhandenſeins einer Mittelsperſon, dem Teſtator noch keine Sui geweſen ſein würden. Denken wir uns z. B. folgenden Fall: A. teſtirt zu einer Zeit, wo er einen Sohn B. in ſeiner Gewalt hat. Dieſer ſtirbt mit Hinterlaſſung einer ſchwangeren Wittwe, welche erſt nach des A. Tode von einem Sohne C. entbunden wird. Dieſer C. nun wird als ein suus nepos geboren — aber zur Zeit des errichteten Teſtaments wäre er kein Suus des A. geweſen, weil da ſein Vater, der B., noch am Leben war. Die Inſtitution ſolcher Postumi nun fing man erſt im Zeitalter des Cicero an für wirkſam zu halten. Ein berühmter Rechtsgelehrter jener Zeit, G. Aquilius Gallus, erfand für die Inſtitution dieſer Art von Postumi eine eigene Formel[1]). Und daher pflegen unſere neueren Juriſten Postumi dieſer Art Postumi Aquiliani zu nennen.

Die bisher bezeichneten Ausnahmen bezogen ſich auf Sui, geboren erſt nach des Teſtators Tode. Das Bedürfniß einer Ausnahme von der Regel war hier bei weitem dringender, als in Beziehung auf ſolche Sui, welche ſich noch bei des Teſtators Leben einfanden. Da war ja der Teſtator im Stande, ſtatt des früheren, ungültig gewordenen, Teſtaments ein neues Teſtament zu errichten, und dadurch zu verhindern, daß er intestatus ſtürbe. Wo aber das Teſtament erſt nach des Teſtators Tode rumpirt wurde, da war dies unmöglich. In der Folge machte man jedoch Ausnahmen auch in Anſehung ſolcher Sui. Dahin gehören namentlich

1) L. 29. pr. D. h. t. (Scaevola.) »Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: Si filius meus vivo me morietur, tum si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto.«

Drittens, die Beſtimmungen der Lex Junia Velleja, v. J. 10. nach Chr. Durch dieſe ward feſtgeſetzt:

1. Wenn derjenige, welcher nach errichtetem Teſtamente, noch bei des Teſtators Leben, als Suus geboren wird, in dem Teſtamente zum Erben eingeſetzt iſt, ſo ſoll er das Teſtament nicht rumpiren [2]).

Es iſt alſo zuläſſig, im Voraus Jeden zu inſtituiren, der nach errichtetem Teſtamente als Suus geboren werden möchte, geſetzt auch, daß er noch bei dem Leben des Teſtators geboren würde. Der ſo Inſtituirte ſoll, wenn er geboren wird, das Teſtament nicht rumpiren.

2. Iſt ein zur Zeit des Teſtaments bereits Geborener inſtituirt, und dieſer wird nun ſpäter erſt succedendo in locum sui heredis zu einem Suus, ſo ſoll durch ihn das Teſtament ebenfalls nicht rumpirt werden [3]).

2) cit. L. 29. §. §. 11. 12. D. h. t. »Nunc de Lege Velleja videamus, quae voluit, vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum. — Et videtur primum caput eos spectare, qui, quum nascerentur, sui heredes futuri essent. Ergo et si filium habeas, et nepotem, nondum natum tamen, ex eo heredem instiuas, filius decedat, mox vivo te nepos nascatur, ex verbis dicendum est, non rumpi testamentum, ut non solum illud primo capite notaverit, si nepos eo tempore instituatur, quo filius non sit, verum et si vivo patre. [nascatur, welches hier die Flor. hat, iſt entſchieden falſch. Siehe auch Francke, das Recht der Notherben. S. 34.] Quid enim necesse est, tempus testamenti faciendi respici, quum satis sit, observari id tempus, quo nascitur. Nam ita verba sunt: Qui testamentum faciet, is omnes virilis sexus, qui ei sui heredes erunt, et cetera, etiamsi vivo parente nascantur.«

3) cit. L. 29. §. 13. D. h. t. »Sequente parte succedentes in locum liberorum non vult Lex rumpere testamentum; et ita interpretandum est, ut, si et filium et nepotem et pronepotem habeas, mortuis utrisque, pronepos institutus succedens in sui heredis locum non rumpat. Et bene verba se habent: Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilii sententia diximus; nec solum si nepos vivo patre decedat, nec [Francke a. a. O. S. 36. will hier geleſen wiſſen »ne«] succedens pronepos avo mortuo rumpat, sed et si supervixerit patri, ac decedat, dummodo heres institutus sit, aut exheredatus.« Der Satz »Et bene verba se habent...... diximus« iſt ein Zwiſchenſatz, den ich aber doch nicht in Klammern einſchließen möchte. Der folgende »Nec solum si nepos« iſt mit dem erſten Satze in dieſem §. zu verknüpfen. Man muß hier ſo leſen: »Nec solum si nepos vivo patre (pater iſt der filius des Teſtators) decedat, nec (für non), succedens pronepos avo mortuo (der ſeinem Großvater, alſo dem Sohne des Teſtirers ſuccedirende Urenkel), rumpat, sed et si supervixerit

Dieſe Sui nun, deren Inſtitution durch die Lex Junia Velleja zu einer wirkſamen gemacht wurde, pflegen unſere neueren Juriſten Postumi Vellejani zu nennen.

Viertens: Es kann vorkommen, daß ein nach errichtetem Teſtamente, beim Leben des Teſtators, in deſſen Gewalt Gebörener nicht gleich bei ſeiner Geburt Suus iſt, ſondern ſpäter erſt in die Stelle eines Suus eintritt. Von ſolchen Suis ſprach ausdrücklich die Lex Junia Velleja nicht. Indeſſen Salvius Julianus war der Meinung, daß die Lex Junia, ihrem Sinne nach, auch auf dieſen Fall bezogen werden — alſo auch die Inſtitution eines ſolchen Postumus für wirkſam geachtet werden müſſe. Und dieſe Interpretation ward denn auch allgemein als richtig anerkannt [4]).

(scil. nepos) patri (dem filius des Teſtators), ac decedat, dummodo heres institutus sit, aut exheredatus. In der ganzen Stelle iſt der Fall der: A. hat einen Sohn B., einen Enkel C., einen Urenkel D. in ſeiner Gewalt, und zwar leben ſie alle zur Zeit des errichteten Teſtamentes. B iſt entweder inſtituirt oder exheredirt. D. iſt inſtituirt. B. und C. ſterben. D. ſuccedirt in die Stelle ſeines Großvaters B. Er rumpirt das Teſtament uicht, weder a) wenn nach errichtetem Teſtamente C. bei dem Leben des B., noch b) wenn C. nach errichtetem Teſtamente, nach dem Tode des B. geſtorben iſt. Der Unterſchied zwiſchen a. und b. aber iſt der: Bei a. iſt es gleichgültig, ob C. inſtituirt oder exheredirt oder präterirt iſt — denn er iſt weder zur Zeit des errichteten Teſtaments Suus, noch iſt er es ja ſpäter geworden. — Bei b. aber muß er entweder inſtituirt oder exheredirt ſein, denn hier iſt er ſpäter Suus geworden, und würde daher ohne Inſtitution oder Exheredation gleich einem Postumus das Teſtament rumpirt haben. Daß er, inſtituirt oder exheredirt, nicht rumpirt, beruhet aber ſelbſt ſchon auf der Lex Junia Velleja. Francke bemerkt richtig: Wenn wir uns denken, B. iſt zur Zeit der Errichtung des Teſtaments nicht mehr am Leben, ſo braucht C. inſofern weder inſtituirt noch exberedirt zu ſein, als, nach dem Rechte zur Zeit des Scävola, ſeine Präterition das Teſtament nicht im Ganzen ungültig macht: denn ſchon vorhandene Sui, die keine Söhne waren, hatten ja, wenn ſie präterirt waren, nur ein Jus accrescendi. Das ne von Francke halte ich für unſtatthaft, da es ſich an den erſten Satz dieſes §. nicht anſchließt. Nec für non ſ. L. 26. §. 2. D. ex quib. caus. majores etc. IV, 6.

4) cit. L. 29. §. 15. D. h. t. »Ille casus in difficili est, si filium habeas, et nepotem nondum natum instituas, isque nascatur vivo patre suo, ac mox pater decedat. Non enim suus heres est tempore, quo nascitur; nec posteriore (scil. capite) alius succedendo prohiberi videtur rumpere, quam qui jam natus erit. Denique et superiore capite, ut liceat institui nondum natos, qui quum nascerentur, sui erunt, permittit; posteriore capite, non permittit institui, sed vetat rumpi, neve ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porro procedere debet, ut utiliter sit

Nach dem Salvius Julianus pflegen unſere Neueren Postumi der hier bezeichneten Art bald Postumi Salviani, bald Postumi Juliani zu nennen.

So gab es nunmehr alſo gar viele Ausnahmen. Aber die Regel war dadurch doch nicht aufgehoben. Noch immer konnte es geſchehen, daß ein Teſtament durch einen ſich ſpäterhin anfindenden Suus rumpirt wurde, wenn ſchon dieſer Suus zum Erben ernannt war. So ſagt namentlich noch Gajus: Wenn Jemand nach errichtetem Teſtamente einen Andern an Sohnes Statt annimmt, ſo rumpirt der Adoptirte das Teſtament, auch wenn er darin inſtituirt iſt [5]). Indeſſen gab es doch ſchon, ſelbſt in dem Zeitalter des Gajus, Juriſten, welche anderer Meinung waren. In der L. 18. D. d. injusto, rupto, irrito etc. XXVIII, 3. [6]), ſagt Cervidius Scävola gerade das Gegentheil von demjenigen, was ich ſo eben aus Gajus angeführt habe. Und ſo kam es denn allmälig dahin, daß man es in ſpäterer Zeit als allgemeine Regel anerkannte: Die Exiſtenz eines Suus postumus, dieſer ſei von welcher Art er wolle, rumpirt das Teſtament nicht, ſobald der Postumus darin zum Erben eingeſetzt iſt. Wenigſtens für das Juſtinianiſche Recht leidet dieſe Regel keinen Zweifel.

Nach dieſer Erörterung über die Möglichkeit und Wirkſamkeit der Inſtitution im Allgemeinen bleibt nun aber noch die beſondere Frage übrig: Iſt es hinreichend, wenn derjenige, welcher außerdem das Teſtament rumpiren könnte, nur überhaupt zum Erben eingeſetzt iſt, hinreichend alſo, wenn er auch nur bedingter Weiſe inſtituirt iſt — oder iſt es nothwendig, daß er pure zum Erben ernannt worden?

Die Regel iſt dieſe: Iſt der Suus postumus bedingter Weiſe inſtituirt, und iſt die Bedingung in Erfüllung ge-

institutus, quod nullo jure potuit, qui nondum natus erat. Juliano tamen videtur, duobus quasi capitibus legis commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta.« Vergl. §. 16. ejusd. L. 29.

5) Gaj. II. §. §. 138. 140.

6) »Si qui heres institutus est, a testatore arrogetur, potest dici, satis ei factum, quia et ante, quam adoptetur, institutio, ut in extraneo, locum habebat.«

gangen, noch ehe der Suus ſich angefunden hat — ſo rumpirt dieſer das Teſtament nicht, auch wenn er nicht unter der entgegengeſetzten Bedinguug exheredirt iſt. Iſt aber die Bedingung der Erbeseinſetzung zu der Zeit, da der Suus ſich anfindet, noch in pendenti, ſo kann das Teſtament nur dann beſtehen, wenn der Postumus zu gleicher Zeit unter der entgegengeſetzten Bedingung exheredirt iſt [7]).

§. 857.

c. Von der Exheredation derſelben.

Die Zuläſſigkeit und Wirkſamkeit der Exheredation ſolcher Sui, die Möglichkeit alſo, durch Exheredation zu bewirken, daß die dereinſtige Exiſtenz eines erſt in der Folge ſich anfindenden Suus das Teſtament nicht rumpirt, iſt durch dieſelben Gradationen hindurchgegangen, wie die Möglichkeit, eben dieſen Zweck durch Inſtitution zu erreichen. Nur darin zeigt ſich allerdings ein Unterſchied: Wer einen Extraneus, d. h. einen ſeiner Gewalt nicht Unterworfenen, exheredirt, deſſen Teſtament wird in der Regel, der Exheredation ungeachtet, rumpirt, ſobald jener Extraneus ihm in der Folge ein Suus wird. Der Grund iſt dieſer: Die Exheredation, inwieweit ſie in der Zurücknahme einer früher angeordneten Erbeseinſetzung beſteht, iſt nie etwas Leeres, ſie mag ſich beziehen auf wen ſie wolle. Von einer Exheredation dieſer Art aber iſt hier überall nicht die Rede; ſondern es iſt die Rede von einer ſolchen, durch welche Jemand ausgeſchloſſen werden ſoll, der, auch wenn er nicht exheredirt wäre, doch, auf den Grund des Teſtaments, nicht zur Erbſchaft gelangen würde. Und eine ſolche Exheredation kann nur dann Bedeutung haben, wenn ſie ſich auf Jemand bezieht, in Hinſicht deſſen der Teſtator Veranlaſſung hat, ſich die Inſtitution als etwas Nothwendiges zu denken [1]). Dieſe Veranlaſſung aber fällt bei einem der Gewalt des Teſtators nicht Unterworfenen der Regel nach weg. Und daher werden wir ſagen müſſen:

7) L. 22. L. 24. D. h. t.

1) Daher wird in der L. 132. pr. D. d. V. O. XLV, 1. von der Exheredation geſagt, »ſie ſei in extraneo eine res inepta.«

Wenn der Teſtator einen ihm Fremden exheredirt, und dieſen ſpäterhin an Sohnes Statt annimmt, ſo wird durch dieſe Adoption, der Exheredation ungeachtet, das Teſtament rumpirt; die Exheredation iſt ohne Nachtheil für den Exheredirten [2]. Sobald nun aber ausnahmsweiſe bei einem der Gewalt des Teſtators nicht Unterworfenen beſondere Veranlaſſung da iſt, ſich deſſen Inſtitution als etwas zu denken, was in der Folge nothwendig werden könnte; ſo findet unſere Regel keine Anwendung. So, wenn Jemand ſeinen in feindlicher Gefangenſchaft befindlichen Sohn exheredirt, und dieſer in der Folge, indem er aus der Gefangenſchaft zurückkehrt, wieder in ſeine früheren Verhältniſſe eintritt. Daß dies geſchehen könnte, und daß dann der Sohn ein Notherbe wäre — das mußte der Vater als etwas leicht Mögliches vorausſehen. Und daher ſchadet denn nun auch die Exheredation dem Sohne, d. h. ſie iſt wirkſam; der Sohn rumpirt durch ſeine Rückkehr das, während ſeiner Gefangenſchaft errichtete, Teſtament nicht [3].

Nun aber fragt es ſich ferner: Wenn **Postumi** exheredirt werden ſollen, wie muß die Exheredation eingerichtet ſein, damit man ſagen könne, jene Perſonen ſeien r i t e e x h e r e d i r t? Dieſelben Beſtimmungen, welche in Hinſicht auf die Exheredation ſchon vorhandener **Sui** gelten, finden auch hier Anwendung. Nur in Folgendem zeigt ſich ein Unterſchied:

1. Bei der Exheredation eines ſchon vorhandenen **Suus** iſt, wie wir im §. 853. geſehen haben, die Regel dieſe: Hat der Teſtator m e h r e G r a d e gemacht, und der Exheredation nur eine Beziehung auf e i n z e l n e G r a d e gegeben, ſo treten bei den Graden, auf welche die Exheredation k e i n e B e z i e h u n g hat, die Folgen der Präterition ein, aber auch b l o ß b e i d i e ſ e n Graden. Anders verhält es ſich mit der Exheredation der **Postumi**: Sobald der f r ü h e r e G r a d durch die Exiſtenz des

2) L. 8. §. 8. D. d. B. P. c. t. XXXVII, 4. (Ulpianus.) »Sed in extraneo Marcelli sententiam probat (scil. Papinianus), ut exheredatio ei arrogato postea non noceat.« Vergl. §. 7. ejusd. L. 8.

3) cit. L. 8. §. 9. D. eod. »Postliminio autem reverso filio dicendum est, exheredationem ante factam nocere.« Vgl. §. 10. ejusd L. 8.

Postumus ſeine Gültigkeit verliert, ſo ſind dadurch alle folgende Grade rumpirt, wenn ſchon der Postumus in Anſehung dieſer rite exheredirt ſein mag 4).

2. Auch in Bezug auf die Form der Exheredation machte das ältere Recht einen Unterſchied. Bei ſchon vorhandenen Suis, welche keine Söhne waren des Teſtators, ward eine Exheredatio inter ceteros ſchlechthin und ohne Weiteres für zureichend gehalten; aber Postumi sui dieſer Art konnten durch eine bloße Exheredatio inter ceteros nicht ausgeſchloſſen werden. Wollte der Teſtator ſie nicht beſonders und ſpeciell exherediren, ſo mußte er ihnen etwas legiren; er mußte dadurch zu erkennen geben, daß er ſich die Möglichkeit

4) Vergl. L. 5. D. d. injusto, rupto, irrito etc. XXVIII, 3. (S. ob. §. 855. Note 2.) L. 14. pr. D. h. t. (Africanus.) »Si postumus a primo gradu exheredatus, a secundo praeteritus sit, quamvis eo tempore nascatur, quo ad heredes primo gradu scriptos pertineat hereditas, secundum tamen gradum vitiari placet ad hoc, ut praetermittentibus institutis ipse heres existat. Immo et si defuncto eo heredes instituti omiserint hereditatem, non posse substitutos admitti. Itaque et si a primo gradu exheredatus, a secundo praeteritus, a tertio exheredatus sit, et viventibus primis et deliberantibus decedat, quaeri solet, omittentibus primis aditionem, utrum ad eos, qui tertio gradu scripti sint, an potius ad legitimos pertineat hereditas? quo et ipso casu rectius existimari putavit, ad legitimos eam pertinere. Nam et cum duobus heredibus institutis, et in singulorum locum facta substitutione, a primis exheredatus postumus, a secundis praeteritus fuerit, si alter ex institutis omiserit, quamvis postumus excludatur, non tamen magis substitutum admitti.« Dieſer letztere Theil der Stelle von den Worten »Nam et cum etc.« macht Schwierigkeit. Der Fall ſelbſt iſt dieſer: Zwei Perſonen ſind inſtituirt; jedem einzelnen iſt ein Subſtitut gegeben; von den Inſtituten iſt der Postumus exheredirt, von den Subſtituten iſt er präterirt. Wenn hier Einer der Inſtituten omittirt, ſo wird, quamvis postumus excludatur, nichts deſto weniger der Subſtitut nicht zugelaſſen. Francke a. a. O. S. 84. 85. nimmt an: der Postumus wird hier gedacht als ausgeſchloſſen durch den Tod, dadurch nämlich, daß er vor der erfolgten Omiſſion geſtorben iſt; denn hätte er die Omiſſion erlebt, ſo würde er ſogleich Notherbe geworden ſein. S. L. 19. D. d. injusto, rupto, irrito etc. XXVIII, 3. Unter der hier angenommenen Vorausſetzung aber tritt nicht, wie behauptet zu werden pflegt, Inteſtaterbfolge ein, ſondern Jus accrescendi; die Inſtitution des Miterben, die bis zu der erfolgten Omiſſion gültig war, kann durch den jetzt ſchon verſtorbenen Notherben nicht mehr aufgehoben werden. — Ich kann indeſſen Francke nicht beiſtimmen: die Exiſtenz des Postumus hat ſofort die Wirkung gehabt, daß kein Inſtitut Erbe werden kann, wenn nicht alle antreten — und dieſe Wirkung beſteht, der Postumus mag hinterdrein ſterben oder nicht. Die Ungültigkeit eines rumpirten Teſtaments iſt ja nach Civilrecht keine relative, ſondern eine abſolute; und ſo tritt auch hier Inteſtaterbfolge ein.

ihrer Exiſtenz gedacht habe. Sie konnten alſo inter ceteros nicht anders exheredirt werden, als cum adjectione legati[5]).

Nach Juſtinianiſchem Rechte findet bei Postumi ſo wenig, als in Beziehung auf ſchon vorhandene Sui, in der Form der Exheredation ein Unterſchied Statt: Die Einen, wie die Andern müſſen nominatim exheredirt werden[6]).

Von einer Nennung des Namens kann bei Ungeborenen natürlicher Weiſe nicht die Rede ſein; aber das iſt auch überhaupt nicht nothwendig, um ſagen zu können, daß Jemand nominatim exheredirt ſei; genug wenn der zu Exheredirende auf irgend eine Weiſe, nach Möglichkeit, ſpeciell bezeichnet iſt. Wenn alſo Einer in ſeinem Teſtamente ſagt: „Sollten mir noch in der Folge Söhne oder Töchter oder Enkel oder Enkelinnen geboren werden, ſo ſollen ſie von meiner Erbſchaft ausgeſchloſſen ſein“ — ſo hat er damit in Anſehung der bezeichneten Perſonen der geſetzlichen Vorſchrift genügt[7]).

B. Grundſätze des prätoriſchen Rechtes. (§. §. 858—860.)

§. 858.

a. In Anſehung der zu berückſichtigenden Perſonen.

Bei der Inteſtaterbfolge in den Nachlaß eines Mannes ſetzt der Prätor den suis heredibus diejenigen Deſcendenten gleich, welche, obgleich ſie wegen Emancipation, oder wegen einer In adoptionem datio keine Sui des Erblaſſers ſind, dennoch Sui ſein würden, wenn die Emancipatio, wenn die In adoptionem datio nicht Statt gefunden hätte. Dieſe Gleichſtellung beruht darauf, daß der Prätor die Emancipatio u. ſ. w. als nicht erfolgt behandelt; er betrachtet die aus der Familie des Erblaſſers Ausgeſchiedenen, als

5) Ulp. XXII. §. §. 21. 22. Uebrigens bemerkt Ulpian, daß es bei masculis postumis ſicherer ſei und gewöhnlicher, ſie überall nicht inter ceteros, ſondern nominatim zu exherediren. Hieraus erklärt ſich §. 1. I. h. t.

6) L. ult. C. d. liber. praeterit. VI, 28. §. 5. I. h. t.

7) cit. §. 1. i. f. I. h. t. u. cit. L. ult. i. f. C. d. liber. praeterit. VI, 28.

gehörten ſie noch dazu; er fingirt eine Suität, wo in der That keine vorhanden iſt. Dabei wird jedoch vorausgeſetzt:

1. Daß jene Deſcendenten von dem Erblaſſer durch wirkliche Zeugung abſtammen. Waren ſie ihm Kinder bloß durch Adoption, ſo wird das Kindesverhältniß, in welchem ſie zu ihm ſtanden, durch Emancipatio oder In adoptionem datio gänzlich aufgehoben, und deshalb auch von dem Prätor nicht berückſichtigt.

2. Daß ſie bei dem Tode des Erblaſſers nicht etwa einer fremden Familie angehören; denn iſt dies der Fall, ſo iſt die Fiction, von welcher der Prätor ausgeht, unzuläſſig, da Niemand zugleich zwei verſchiedenen Familien angehören kann.

Auf die bisher bezeichnete Weiſe wird es nach prätoriſchem Rechte bei der Inteſtaterbfolge gehalten. Eben deshalb verlangt nun aber der Prätor, daß dergleichen Deſcendenten, wie ſie vorhin ſind beſchrieben worden, den Suis auch bei der Errichtung eines Teſtaments gleich geachtet werden ſollen, daß alſo auch ſie nicht präterirt, ſondern entweder inſtituirt, oder exheredirt werden ſollen. Dieſemnach gibt alſo der Prätor den Grundſätzen des Civilrechts, welche auf wirkliche Sui beſchränkt ſind, eine ſehr erweiterte Anwendung 1).

§. 859.

b. In Anſehung der Form, ſowohl der Inſtitution, als der Exheredation.

Der Prätor beſchränkte die Willkür des Teſtators auch in dieſer Beziehung noch mehr, als es das ältere Civilrecht that. Nämlich, in Betreff der Inſtitution iſt das Eigenthümliche in der Beſtimmung des prätoriſchen Rechts dieſes: Iſt ein Notherbe unter einer Bedingung inſtituirt, die keine poteſtative iſt, ohne unter der entgegengeſetzten Bedingung exheredirt zu ſein, ſo gilt er, Falls die Bedingung ausfällt, für präterirt 1). Dies findet Anwendung auf alle und jede Notherben.

1) Siehe Gaj. II. §. §. 135–137. Ulp. XXII. §. 23. §. §. 3. 4. I. h. t. §. §. 9–12. I. d. heredit. quae ab intest. def. III, I.

1) L. 3. §. §. 12–14. D. d. B. P. c. t. XXXVII, 4. L. 2. §. 1. D. d. B. P. s. t. XXXVII, 11. »Si sub conditione heres institu-

Was die Exheredation anlangt, ſo fordert der Prätor in Bezug auf männliche Notherben allgemein namentliche Exheredation; eine Exheredatio inter ceteros ſoll nur bei weiblichen Notherben genügen [2]. Juſtinian indeſſen hat auch für das prätoriſche Recht den Unterſchied zwiſchen Masculis und Feminis aufgehoben; Feminae ſollen ebenfalls nominatim exheredirt werden [3].

§. 860.

c. In Anſehung der rechtlichen Folgen der Präterition.

Was nun betrifft die rechtlichen Folgen der Präterition, ſo gibt der Prätor dem präterirten Kinde eine Bonorum possessio gegen den Inhalt des Teſtaments, er gibt alſo eine Bonorum possessio contra tabulas. — Vermittelſt dieſer erhält das Kind ſoviel, als ihm ab intestato zugefallen ſein würde. Wäre das Kind ohne Teſtament alleiniger Erbe geweſen, ſo erhält es die ganze Erbſchaft; außerdem gelangt es nur zu einem Theile derſelben.

Eine Bonorum possessio gegen ein wegen Präterition fehlerhaftes Teſtament bietet nun aber der Prätor auch den in einem ſolchen Teſtamente inſtituirten Kindern an. Wenn alſo z. B. Jemand, welcher zwei Söhne hat, den einen Sohn neben andern Perſonen zum Erben ernennt, den andern Sohn aber präterirt, ſo kann nicht nur dieſer letzte Bonorum possessio contra tabulas agnoſciren, ſondern auch der im Teſtament inſtituirte Sohn. Wenn aber diejenigen, welchen der Prätor Bonorum possessio contra tabulas anbietet, dieſe nicht agnoſciren, dann gibt der Prätor dem inſtituirten Erben eine Bonorum possessio in Gemäßheit des Teſtaments, alſo eine Bonorum possessio secundum tabulas. Woraus denn von ſelbſt

tus filius sit, Julianus peraeque putavit, secundum tabulas competere ei quasi scripto bonorum possessionem, qualis qualis conditio sit, etiam si haec: »si navis ex Asia venerit.« Et quamvis defecerit conditio, Praetor tamen filium, qui admisit secundum tabulas, tueri debet, ac si contra tabulas acceperit. Quae tuitio ei, qui emancipatus est, necessaria est.«

2) Gaj. II. §. §. 129. 135. §. 3. I. h. t.

3) L. ult. C. d. lib. praeterit. VI, 28. §. 5. I. h. t.

folgt, daß die, im Fall der Präterition, nach prätoriſchem Rechte, eintretende Ungültigkeit des Teſtaments nur eine relative iſt: ſie kommt nicht Jedem, ſondern nur gewiſſen Perſonen zu Statten.

Der Beweis und die nähere Ausführung der hier aufgeſtellten Sätze bleibt demjenigen Abſchnitte vorbehalten, in welchem von dem Syſtem der Bonorum possessio ausführlich und ex professo gehandelt werden ſoll. S. §. 989. folg.

Uebrigens iſt es von ſelbſt klar, welche große Vortheile die Beſtimmungen des prätoriſchen Rechtes denjenigen gewähren, welche dem Teſtator keine wirkliche Sui waren. Aber in gewiſſen Beziehungen waren nach älterem Rechte die Beſtimmungen des Edicts ſelbſt den Suis vortheilhafter, als die Beſtimmungen des Civilrechts. Z. B. es ſtarb Einer, ohne andere Deſcendenten zu hinterlaſſen, als einen ſeiner Gewalt unterworfenen Enkel, der ihm ſchon zur Zeit des errichteten Teſtaments Suus geweſen war; aber er hatte mit Uebergehung dieſes Enkels einen Fremden zum Erben eingeſetzt. Jure civili hatte hier der Enkel nur ein Jus accrescendi, welches ihm die Hälfte der Erbſchaft verſchaffte. Aber jure praetorio konnte er die ganze Erbſchaft in Anſpruch nehmen, denn ab intestato würde er alleiniger Erbe des Verſtorbenen geweſen ſein.

Und ſo ließe ſich noch Mehres anführen. Nach Juſtinianiſchem Rechte haben indeſſen die Sui die Vortheile, welche ſie ſich ſonſt nur von dem prätoriſchen Rechte verſprechen konnten, ſchon jure civili in Gemäßheit der L. ult. C. d. liber. praeterit. VI, 28.

C. Recht ſeit der Novelle 115. (§. §. 861—865.)

A. Nach der richtig ſcheinenden Anſicht. (§. §. 861—864.)

a. In Beziehung auf Deſcendenten. (§. §. 861 — 863.)

§. 861.

α. Allgemeine Grundſätze.

Ueber die eigentliche Bedeutung der Nov. 115. und über ihr

Verhältniß zu den Beſtimmungen des früheren Rechts ſind unſere heutigen Juriſten ſehr verſchiedener Meinung.

Ich will zuerſt diejenige Anſicht vortragen, welche meiner Ueberzeugung nach die richtigere iſt.

Die Novelle handelt theils von der Nothwendigkeit der Erbeseinſetzung gewiſſer Deſcendenten, theils von der Nothwendigkeit der Erbeseinſetzung gewiſſer Aſcendenten. Jenes geſchieht in dem dritten, dieſes in dem vierten Kapitel.

Anlangend nun die Erbeseinſetzung der Deſcendenten, ſo iſt

1. die Nothwendigkeit, Kinder entweder zu inſtituiren, oder förmlich auszuſchließen von der Erbſchaft, nach der Novelle nicht mehr beſchränkt auf diejenigen, welche Sui ſind, oder vom Prätor den Suis gleich geachtet werden; ſondern ſie erſtreckt ſich auf alle und jede Deſcendenten, inwieweit ſie die Nächſten zur Inteſtaterbfolge ſind. Daher tritt denn z. B. dieſe Nothwendigkeit jetzt auch ein in Bezug auf das Teſtament einer Frau; auch Frauen müſſen ihre Kinder entweder zu Erben einſetzen, oder auf eine gewiſſe förmliche Weiſe ausſchließen von der Erbſchaft.

2. Es hängt nicht mehr, wie dies nach früherem Rechte der Fall war, von der Willkür des Teſtators ab, ob er ſeine Kinder zu Erben einſetzen, oder von der Erbſchaft ausſchließen will. Sie auszuſchließen, dazu iſt er nur dann berechtigt, wenn ein geſetzlich anerkannter Grund der Ausſchließung vorhanden iſt. Dieſer Gründe aber, welche in der Novelle ſelbſt ſpeciell angegeben werden, ſind vierzehn. Davon §. 862.

3. Es wird nun aber auch die Form der Ausſchließung von der Erbfolge durch die Nov. 115. auf eine eigenthümliche Weiſe beſtimmt. Daß der Auszuſchließende gerade exheredirt werde, das iſt nicht durchaus nothwendig — er kann auch präterirt ſein, und das Teſtament wird dennoch beſtehen können. Denn die durch die Novelle vorgeſchriebene Form der Ausſchließung iſt von der Art, daß ſie ſich auch mit der Präterition

verträgt. Die Novelle nämlich fordert nur, daß der Teſtator die Urſache, weshalb er das auszuſchließende Kind nicht zum Erben ernennt, in dem Teſtamente ausdrücklich angebe. Und das nun iſt auch im Fall der Präterition möglich. Z. B. denken wir uns, Einer ſagt ſo: „Ich ernenne den A. zu meinem alleinigen Erben. Meinen Enkel aber ſchließe ich von der Erbſchaft aus, weil er ſich thätlich an mir vergriffen hat." Hier hat der Teſtator der Novelle genügt, indem er den Enkel exheredirt hat. Nun aber wollen wir annehmen, der Teſtator hat folgender Maßen disponirt: „Da mein Enkel ſich thätlich an mir vergriffen hat, ſo ernenne ich den A. zu meinem alleinigen Erben." Auch hier hat er der Vorſchrift der Novelle genug gethan — ungeachtet er den Enkel nicht exheredirt, ſondern präterirt hat.

4. Denken wir uns, der Teſtator hat einen Deſcendenten unter Anführung eines der Gründe, die in der Novelle bezeichnet werden, von der Erbſchaft ausgeſchloſſen. Hier kann möglicher Weiſe Streit entſtehen darüber, ob jener Grund auch ſeine factiſche Richtigkeit habe; denn die Ausſchließung kann nur unter Vorausſetzung dieſer factiſchen Richtigkeit zu Recht beſtehen. Im Fall nun eines ſolchen Streites iſt es die Sache des eingeſetzten Erben, den Beweis der Wahrheit zu führen.

Ich komme nun

5. zu den rechtlichen Folgen, welche in dem Falle eintreten, da den geſetzlichen Vorſchriften keine Genüge geſchehen iſt — in dem Falle alſo, da das Kind weder inſtituirt, noch auch gehörig ausgeſchloſſen iſt von der Erbſchaft. Dieſe rechtlichen Folgen ſind, im Fall der Ausſchließung, dieſelben, es ſei nun, daß es an der erforderlichen Angabe einer Urſache überhaupt fehlt, oder daß die angegebene Urſache keine geſetzlich anerkannte iſt, oder daß es damit in facto nicht ſeine Richtigkeit hat, oder daß gar mehre dieſer Mängel concurriren. Die rechtlichen Folgen, ſage ich, ſind immer dieſelben. Der Erfolg nämlich iſt alle Mal der, daß das Teſtament, ſo viel die Erbeseinſetzung betrifft, ungültig iſt, wäh-

rend die übrigen im Teſtamente enthaltenen Dispoſitionen aufrecht erhalten werden.

Uebrigens verſteht es ſich von ſelbſt: iſt die geſetzliche Vorſchrift in Hinſicht ſolcher Deſcendenten vernachläſſigt, deren Anſprüche ſchon zur Zeit der Errichtung des Teſtaments begründet ſind, ſo iſt das Teſtament gleich von Anfang an fehlerhaft; ſind dagegen die Anſprüche derjenigen, welche in dem Teſtamente weder inſtituirt, noch auch gehörig ausgeſchloſſen ſind, von ſpäterer Entſtehung, ſo kann das Teſtament nicht ſchon von Haus aus als fehlerhaft angeſehen werden; ſondern es wird ungültig erſt in der Folge der Zeit.

β. Einzelne Erörterungen.

§. 862.

a. Ueber die in der Novelle anerkannten Gründe der Ausſchließung.

Die geſetzlich anerkannten Gründe der Ausſchließung von der Erbſchaft ſind nach der Ordnung, in welcher ſie in der Novelle angegeben ſind, folgende:

1. Wenn Kinder ſich an ihren Aeltern thätlich vergriffen haben.

2. Wenn ſie ſich gegen ihre Aeltern anderweitiger grober Injurien ſchuldig gemacht haben.

3. Wenn ſie gegen ihre Aeltern eine Criminalanklage erhoben haben. Nur der Fall des Hochverraths iſt ausgenommen.

4. Wenn ſie ſich in eine Geſellſchaft von Maleficis begeben haben. Das iſt der Ausdruck der Vulgata versio, welche, vollſtändig, an dieſer Stelle ſo lautet: »Si cum maleficis hominibus ut maleficus conversatur.« In dem Griechiſchen Original ſteht »μετὰ φαρμακῶν«, und dadurch iſt Hombergk veranlaßt worden, in ſeiner Ueberſetzung für maleficis zu ſetzen »veneficis.« Die Vulgata versio ſcheint indeſſen doch den Vorzug zu verdienen, da Φαρμακός nicht bloß einen Giftmiſcher bezeichnet, ſondern auch einen Zauberer. Und gerade

ſolche Perſonen ſcheint Juſtinian im Sinne gehabt zu haben, welche aus verbotenen angeblichen Zauberkünſten ein Gewerbe machen.

5. Iſt es ein Grund der Ausſchließung, wenn Kinder ihren Aeltern nach dem Leben getrachtet haben; desgleichen,

6. wenn der Sohn ſich mit ſeiner Stiefmutter, oder mit der Concubine ſeines Vaters fleiſchlich vergangen hat.

7. Wenn ein Kind ſeine Aeltern eines Vergehens halber bei dem Richter angegeben, und ihnen dadurch einen bedeutenden Verluſt zugezogen hat. Unter Nr. 3. war von einer förmlichen Criminalanklage die Rede, hier von einer bloßen Denunciation. Die Novelle nennt bei dieſer Enterbungsurſache insbeſondere den Sohn — indeſſen geſchieht es wohl nur zufällig; der Fall kann bei jedem andern Kinde ebenfalls vorkommen, und dies, wenn es ſeine Aeltern angibt, verletzt eben auch die Pflicht der Pietät.

8. Dagegen iſt der achte Grund allerdings ein ſolcher, der ſich nur auf Eine Claſſe von Deſcendenten, nämlich auf die männlichen bezieht; was denn auch in der Novelle ganz ausdrücklich bevorwortet wird. Nämlich es wird hier der Fall geſetzt, daß Jemand, der in gefänglicher Haft iſt, ſeine Kinder auffordert, Bürgſchaft für ihn zu leiſten, und daß dieſe, obſchon im Stande dazu, doch der an ſie ergangenen Aufforderung nicht Folge leiſten.

9. Iſt es ein in der Novelle anerkannter Grund der Ausſchließung, wenn das Kind die Aeltern früher an der Errichtung eines Teſtaments gehindert hat.

10. Der zehnte Grund lautet ſo: wenn der Sohn, ohne der Aeltern Zuſtimmung ſich unter eine Bande von Kampfſpielern (Arenarien) oder Mimen begibt, und bei dieſem Gewerbe beharrt — es wäre denn, daß die Aeltern ſelbſt ein gleiches Gewerbe trieben. Wieder iſt hier nur der Sohn genannt; aber daſſelbe muß auch von allen andern Kindern gelten, inwieweit ſie ſich überhaupt in dem vorausgeſetzten Falle befinden können. Was die Kampfſpieler betrifft, ſo gab es zwar zu Juſtinian's Zeit keine Gladiatorenſpiele mehr,

wohl aber ſolche Spiele, in denen Menſchen mit wilden Thieren kämpften; es gab alſo noch *Beſtiarien*. Uebrigens iſt es bekannt, daß nach Römiſchem Rechte diejenigen, welche ein Gewerbe daraus machen, gegen Lohn in den öffentlichen Spielen aufzutreten, infames ſind. Und das iſt ohne Zweifel der Grund, warum der Eintritt in eine Bande von Kampfſpielern oder Mimen eine Enterbungsurſache ſein ſoll. Was die *heutige* Anwendbarkeit der hier in Rede ſtehenden Beſtimmung der Novelle betrifft, ſo iſt man darüber einig, daß ſie ſich auf unſere *heutigen Schauſpieler* nicht beziehen laſſe. Wohl aber wollen Viele ſie für anwendbar halten in Beziehung auf Bärenführer, Marionettenſpieler, Seiltänzer u. ſ. w., während Andere, richtiger, auch dies nicht zugeben.

11. Soll es eine Enterbungsurſache ſein, wenn eine *Tochter* oder *Enkelin* den *Mann*, mit dem ihre Aeltern oder Großältern, unter Conſtituirung einer angemeſſenen Brautgabe, ſie *verheirathen* wollen, *ausſchlägt*, *und nun* ſich einem *unzüchtigen Leben ergibt*. Zugleich aber ſagt *Juſtinian* Folgendes: wenn eine Tochter, welche das *fünf und zwanzigſte* Jahr erreicht hat, ohne daß die Aeltern für ihre Verheirathung Sorge getragen, ſich einem unzüchtigen Wandel ergibt, oder ſich, ohne der Aeltern Zuſtimmung, mit einem freien Manne verheirathet, ſo ſoll ſie deshalb nicht enterbt werden dürfen.

12. Iſt es ein Enterbungsgrund, wenn Kinder ſich ihrer *wahnſinnigen Aeltern nicht angenommen* haben; d. h., wenn die Aeltern geneſen, ſo ſind ſie dann berechtigt, diejenigen Kinder, welche ſich ihrer anzunehmen unterlaſſen haben, von ihrer Erbſchaft auszuſchließen. — Auf eine analoge Weiſe verhält es ſich

13. in dem Falle, da die Aeltern in *feindliche Gefangenſchaft* gerathen, und aus dieſer in der Folge befreiet werden. Sie ſind nämlich alsdann befugt, diejenigen ihrer Kinder, welche es ſich *nicht haben angelegen ſein laſſen*, ſie aus ihrer Gefangenſchaft *loszukaufen*, von der Erbſchaft auszuſchließen. Doch wird dabei vorausgeſetzt, daß die Kinder zur

Digitized by Google

Zeit der ihnen zur Laſt fallenden Vernachläſſigung das achtzehnte Jahr bereits zurückgelegt hatten. Dieſer Enterbungsgrund iſt dadurch, daß, nach dem heutigen Europäiſchen Völkerrechte, Kriegsgefangene nicht als Sclaven betrachtet werden, in ſeiner Anwendung allerdings ſehr beſchränkt, aber er iſt doch nicht ſchlechterdings unpraktiſch geworden. Er kann noch vorkommen, wenn Jemand z. B. das Unglück hat, in die Hände von Corſaren zu fallen. Endlich ſollen

14. rechtgläubige Aeltern ihre nicht rechtgläubigen Kinder, wenn dieſe in ihrer Heterodoxie beharren, ebenfalls ausſchließen dürfen. Als Criterium der Rechtgläubigkeit aber wird in der Novelle die Anerkennung der vier erſten öcumeniſchen Concilien bezeichnet, nämlich des erſten Nicäiſchen, des erſten Conſtantinopolitaniſchen, des Epheſiniſchen und des Chalcedoniſchen: mehr als dieſe allgemeinen Kirchenverſammlungen waren damals noch nicht gehalten worden.

Was die heutige Anwendbarkeit dieſer Beſtimmung betrifft, ſo muß ich bemerken, daß ſie anerkannt keine Beziehung geſtattet auf den Gegenſatz zwiſchen Katholiken und Proteſtanten. Katholiſche Aeltern dürfen ihre Kinder deshalb, weil dieſe evangeliſcher Confeſſion ſind, nicht enterben — und eben ſo wenig dürfen umgekehrt evangeliſche Aeltern ihre Kinder aus dem Grunde ausſchließen, weil dieſe ſich etwa zur katholiſchen Kirche bekennen.

Dies nun ſind die in der Novelle anerkannten Gründe der Ausſchließung. Juſtinian ſagt ausdrücklich, daß andere, als die von ihm bezeichneten, Gründe durchaus nicht für ſtatthaft gehalten werden ſollen. Es iſt daher die Meinung derer ganz und gar zu verwerfen, welche glauben, Vergehungen von gleich ſchlimmer, oder wohl gar noch ſchlimmerer Art, als die in der Novelle bezeichneten, müßten ebenfalls als gültige Enterbungsurſachen angeſehen werden.

§. 863.

b. Ueber einige andere Punkte.

Dieſe einzelnen Bemerkungen ſollen theils zur näheren Be-

ſtimmung, theils zur Begründung des im §. 861. Vorgetragenen dienen.

1. Wir haben geſehen, nach früherem Rechte iſt in ſo vielen Fällen ſchon eine bedingte Erbeseinſetzung hinreichend, um das Teſtament aufrecht zu erhalten. Es fragt ſich — läßt ſich daſſelbe behaupten auch nach der Nov. 115.? Die Novelle ſagt darüber nichts ausdrücklich; aber das ſieht man deutlich, Juſtinian's Abſicht iſt dieſe: Diejenigen Deſcendenten, welche die nächſten zur Inteſtaterbfolge ſind, ſollen ſchlechterdings nur dann ausgeſchloſſen ſein, wenn ſie ſich der Zuneigung des Teſtators unwürdig gemacht haben, und wenn der Grund der Unwürdigkeit in dem Teſtamente angegeben iſt. Nun aber wird derjenige, welcher bedingter Weiſe inſtituirt iſt, für den Fall der nicht erfüllten Bedingung eo ipso ausgeſchloſſen — und ſonach wird der Teſtator, wenn er einen Deſcendenten, der ihm Notherbe iſt, nur bedingter Weiſe inſtituirt, zur eventuellen Präterition deſſelben einen zureichenden Grund haben, und dieſen im Teſtamente angeben müſſen [1]).

2. Die Novelle erfordert zur Ausſchließung das Vorhandenſein eines zureichenden Grundes; die zureichenden Gründe aber ſind insgeſammt von der Art, daß ſie gewiſſe Handlungen von Seiten der Kinder vorausſetzen. Mithin müſſen wir ſagen: Kinder, die zur Zeit des Teſtaments noch nicht geboren ſind, können gar nicht mehr ausgeſchloſſen werden.

3. Ich habe früher bemerkt, daß es nach der Novelle keineswegs nothwendig ſei, den Auszuſchließenden gerade zu exheredİren. Es fragt ſich indeſſen, ob dies ganz allgemein gelte? Die Novelle drückt ſich ſo aus: Weder dem Vater, noch der Mutter, noch dem Großvater, noch der Großmutter u. ſ. w. ſoll es fortan frei ſtehen, ihre Kinder zu präteriren, oder zu exherediren, außer, wenn ſie dazu einen hinreichenden Grund haben, und dieſen im Teſtamente ausdrücklich angeben.

1) Francke, das Recht des Notherben. S. 385. weicht hier darin ab, daß er, ausgehend von dem Standpunkt relativer Richtigkeit, die bloße bedingte Erbeseinſetzung für genügend hält, ſobald bei dem Tode des Teſtirers die Bedingung erfüllt iſt.

Nun läßt es ſich allerdings hören, wenn Einer ſagt: Juſtinian's Abſicht war dieſe: Es ſoll in Hinſicht der Präterition und der Exheredation im Uebrigen, wie bisher gehalten werden, nur ſoll zu demjenigen, was bisher ſchon nöthig war, die Angabe eines geſetzlich anerkannten Grundes der Ausſchließung hinzukommen. Und ſonach iſt es denjenigen Perſonen, welche nach früherem Rechte ihre Kinder exherediren mußten, auch jetzt nicht geſtattet, ſie zu präteriren. Der Vater muß den Sohn exherediren, mit Hinzufügung des Grundes — während der Mutter allerdings geſtattet iſt, ihn mit Hinzufügung des Grundes zu präteriren. Aber auf der anderen Seite iſt es unverkennbar: Schon in der früher öfter angeführten L. ult. C. de liberis praeteritis. VI, 28. ging Juſtinian darauf aus, das Recht der Notherben zu generaliſiren, und die älteren Unterſchiede in dieſer Lehre in vielen höchſt weſentlichen Stücken aufzuheben. Noch weit mehr iſt dies der Fall in der Nov. 115. Juſtinian hatte hier offenbar die Abſicht, in die Stelle des früheren Rechts ein ganz neues, gleichförmiges und umfaſſendes Recht zu ſetzen; alle zur Inteſtaterbfolge berufenen Kinder ſollten gleich behandelt werden. Wenn alſo in Hinſicht der Einen Präterition zuläſſig iſt, ſo müſſen wir ſie für zuläſſig halten in Anſehung Aller. Wie die Mutter präteriren kann, ſo muß jetzt auch der Vater präteriren können. Man ſieht deutlich, Juſtinian gibt darauf nichts, ob einer exheredirt oder präterirt iſt. Alles ſtellt er nur auf das Vorhandenſein eines zureichenden Grundes, und auf eine Angabe deſſelben. Hätte Juſtinian irgend ein Gewicht gelegt auf die Exheredation gerade, ſo hätte er ſicher verordnet, daß alle Kinder überhaupt exheredirt werden ſollen, daß eine bloße Präterition überall nicht mehr Statt finden ſolle. Demnach bin ich der Meinung, daß auch Sui, und ſolche, welche der Prätor den Suis gleichſtellt, nach der Novelle nicht mehr exheredirt zu werden brauchen [2].

4. Die älteren Vorſchriften über die bei Ausſchließung der Notherben zu beobachtenden Förmlichkeiten ſind überhaupt

2) Uebereinſtimmend Francke a. a. O. S. 357. folg.

für aufgehoben anzuſehen. Daher kann es denn auch, wenn der Teſtator unter Anordnung mehrer Grade der Erbeseinſetzung einen Deſcendenten exheredirt, auf die Stelle, welche er der Exheredation im Teſtamente anweiſet, nicht mehr ankommen [3]).

5. Die allgemeinen Beſtimmungen des älteren Rechts über die Form der Erbeseinſetzung überhaupt ſind durch die Nov. 115. durchaus nicht abgeändert. Die Erbeseinſetzung erfordert nach wie vor eine ausdrückliche Erklärung. Und daher müſſen wir auch jetzt noch ſagen: bei einer bedingten Exheredation kann das Teſtament nicht beſtehen, wenn nicht der alſo Exheredirte unter der entgegengeſetzten Bedingung ausdrücklich zum Erben eingeſetzt iſt [4]).

6. Ich bemerkte unter Nr. 3., Juſtinian habe durch die Nov. 115. ein neues Recht in die Stelle des früheren ſetzen wollen. Aus dieſer Anſicht folgt: Von jener Ungültigkeit des Teſtaments im Ganzen, welche nach früherem Civilrecht bei unförmlicher Ausſchließung der Notherben Statt findet, kann nicht mehr die Rede ſein. Eben ſo wenig aber kann es jetzt noch für Kinder eine Bonorum possessio contra tabulas geben. Auf dieſen letzten Punkt werde ich in der Lehre von der Bonorum possessio zurückkommen. §. 994.

7. Ausdrücklich wird in der Novelle folgendes geſagt: Wenn die Aeltern, bei der Ausſchließung ihrer Kinder, einen in der Novelle als zureichend anerkannten Grund angegeben haben, und der eingeſetzte Erbe die factiſche Wahrheit deſſelben darzuthun vermag, ſo ſoll das Teſtament bei Kräften bleiben — außerdem aber ſoll das Teſtament, quantum ad heredis institutionem pertinet, ungültig ſein. Es wird demnach zwiſchen dem Falle, da kein oder wenigſtens kein geſetzlich anerkannter Grund bezeichnet iſt, und dem, da der bezeichnete Grund unwahr iſt, durchaus kein Unterſchied gemacht. Und daher iſt es denn etwas rein Willkürliches, wenn dennoch, wie

3) Siehe Francke a. a. O. S. 400. 401.

4) Im Reſultat iſt, wenn die Bedingung der Exheredation bei dem Tode des Teſtirers ſchwebt, oder ausgefallen iſt, Francke einverſtanden, a. a. O. S. 401. 402.

wir weiterhin ſehen werden, Viele unter den Neueren hier einen Unterſchied annehmen.

Zuletzt entſteht

8. noch die Frage, ob die Ungültigkeit, von welcher die Novelle ſpricht, eine relative iſt, oder eine abſolute. Iſt ſie eine relative, ſo wird, wenn etwa das nicht gehörig berückſichtigte Kind vor dem Teſtator mit Tode abgeht, das Teſtament ſich ſeinem ganzen Inhalte nach wirkſam erweiſen; iſt dagegen die Ungültigkeit eine abſolute, ſo wird, wenn ſchon das betheiligte Kind noch vor dem Teſtator geſtorben iſt, das Teſtament doch, ſo viel die Erbeseinſetzung betrifft, ungültig ſein.

Dafür nun, daß die Ungültigkeit nur eine relative ſein ſoll, ſprechen ſehr erhebliche Gründe: die Ungültigkeit, welche bei nicht gehöriger Berückſichtigung der Notherben, nach prätoriſchem Rechte eintrat, war eine bloß relative, wie ich bereits im §. 860. bemerkt habe; und das prätoriſche Recht iſt auf die Ausbildung der in der Nov. 115. aufgeſtellten Grundſätze entſchieden von großem Einfluß geweſen; es wäre daher nicht zu verwundern, wenn Juſtinian, auch in der beſonderen Beziehung, von der hier gerade die Rede iſt, die Anſicht des prätoriſchen Rechts zu der ſeinigen gemacht hätte. Dazu kommt, daß Juſtinian im fünften Kapitel der Novelle ſagt, er habe Alles, ſo wie geſchehen, zu dem Zwecke geordnet, um Aeltern und Kinder vor der Injuria testamentorum, alſo vor Kränkungen zu ſchützen, — und zu dieſem Zwecke genügt es, wenn das nachtheilige Teſtament nur eben in Bezug auf denjenigen, für den es kränkend iſt, als ungültig behandelt wird. Auch drückt Juſtinian ſich am Schluſſe des dritten Kapitels der Novelle, wo er gerade von den rechtlichen Folgen ſpricht, welche die nicht gehörige Berückſichtigung der Deſcendenten haben ſoll, ſo aus, daß ſeine Worte wohl von einer bloß relativen Ungültigkeit des Teſtaments verſtanden werden können.

Auf der andern Seite fehlt es nun aber auch nicht an triftigen Gründen dafür, eine abſolute Ungültigkeit anzunehmen. Ich habe früher davon geſprochen, daß unter den claſſiſchen Ju-

riſten die Sabinianer die Ungültigkeit des ganzen Teſtaments, welche eine Folge war von der Präterition eines vorhandenen Sohnes, als eine abſolute betrachteten, während die Proculejaner ſie als eine relative behandelten; aber in den Pandekten, den Inſtitutionen, dem Codex ſehen wir die Meinung der Sabinianer anerkannt. Dieſe alſo hatte damals, als jene Rechtsbücher verfertigt wurden, Juſtinian's Beifall erhalten; warum ſollte er jetzt plötzlich zu der entgegengeſetzten Anſicht übergegangen ſein? Und was den im fünften Kapitel der Novelle bezeichneten Zweck betrifft, deſſen ich vorhin erwähnte, ſo kann dieſer allerdings ſchon durch die relative Ungültigkeit des verletzenden Teſtaments erreicht werden, durch abſolute ſteht er indeſſen noch ſicherer zu erreichen. Die Hauptſache aber iſt die: Die Schlußworte des vierten Kapitels, wo von der Ausſchließung der Aeltern die Rede iſt, geſtatten keinen Zweifel daran, daß ein Teſtament, in welchem hinſichtlich der Aeltern etwas verſehen iſt, abſolut ungültig ſein ſoll. Hieraus ſcheint denn aber mit Sicherheit der Schluß gezogen werden zu können, daß überhaupt, alſo auch wo Kinder auf eine ungehörige Weiſe ausgeſchloſſen ſind, das Teſtament abſolut ungültig ſein ſoll.

Ich muß geſtehen, daß dieſe Gründe mir überwiegend zu ſein ſcheinen.

§. 864.

b. In Beziehung auf Aſcendenten.

Dieſelben Verpflichtungen, welche der Teſtator in Anſehung ſeiner Deſcendenten hat, eben dieſe werden ihm in dem vierten Kapitel der Nov. 115. in Rückſicht ſeiner Aſcendenten auferlegt. Nämlich: iſt der Teſtator in der Lage, daß die Nächſten zur Inteſtaterbfolge ſeine Aſcendenten ſind, ſo müſſen dieſe ebenfalls entweder inſtituirt, oder unter Anführung einer, in Wahrheit vorhandenen, und geſetzlich anerkannten Urſache, von der Erbfolge ausgeſchloſſen ſein — ſonſt iſt das Teſtament wieder, ſo viel die Erbeseinſetzung anbelangt, ungültig. Der einzige Unter-

ſchied iſt der, daß der als zureichend anerkannten Urſachen der Ausſchließung in Beziehung auf Aſcendenten, theils andere, theils wenigere ſind, als in Beziehung auf Deſcendenten — nämlich nicht vierzehn, ſondern nur acht.

Dieſe Urſachen aber, welche in dem vierten Kapitel der Novelle ausdrücklich angegeben werden, ſind folgende:

1. Wenn die Aeltern ihre Kinder angeklagt, oder angegeben haben wegen eines Verbrechens, worauf Todesſtrafe ſteht — mit Ausnahme des Hochverraths.

2. Wenn ſie den Kindern auf andere Weiſe nach dem Leben getrachtet haben.

3. Wenn der Vater ſich mit der Frau oder der Concubine ſeines Sohnes fleiſchlich vergangen hat.

4. Wenn die Aeltern ihre Kinder früher verhindert haben, ein Teſtament zu errichten.

5. Wenn der auszuſchließende Parens ſeinem Ehegatten durch Gift Leben oder Verſtand zu rauben geſucht, oder demſelben auf andere Weiſe nach dem Leben getrachtet hat.

6. Wenn die Aeltern ſich des Kindes zu einer Zeit, da es in Wahnſinn verfallen war, nicht angenommen haben.

7. Wenn die Aeltern das Kind aus feindlicher Gefangenſchaft zu befreien unterlaſſen haben.

8. Wenn das Kind rechtgläubig iſt, die Aeltern aber nicht.

§. 865.

B. Nach abweichenden Anſichten.

Die bisher entwickelte Anſicht iſt diejenige, welche ich für die richtige halte. In den weſentlichen Punkten iſt unter Andern eben dieſer Anſicht Einer der neueſten Schriftſteller über dieſen Gegenſtand, nämlich Francke, in der angeführten Schrift über das Recht der Notherben; nur daß er bei nicht gehöriger Berückſichtigung der Notherben die Ungültigkeit des Teſtaments für eine relative hält.

Nach der gewöhnlichen Anſicht verhält ſich die Sache zum Theil anders, als ich ſie bisher dargeſtellt habe:

Nämlich bei ſolchen Deſcendenten, welche ſchon nach früherem Rechte entweder inſtituirt, oder förmlich ausgeſchloſſen werden mußten, da ſoll es nicht bloß auf die Beſtimmungen der Novelle, ſondern zugleich auch auf die Beſtimmungen des ältern Rechts ankommen. Iſt in Hinſicht dieſer Deſcendenten etwas von demjenigen vernachläſſigt, was das ältere Recht fordert — ſo ſollen auch die rechtlichen Folgen eintreten, welche das ältere Recht an Vernachläſſigungen dieſer Art knüpft. Alſo: ſind die Vorſchriften des früheren Civilrechts über die Inſtitution oder Exheredation ſchon vorhandener Sui nicht gehörig beobachtet, ſo ſoll das Teſtament gleich von Anfang an ſeinem ganzen Inhalte nach null und nichtig ſein. Dagegen: iſt in Rückſicht auf Sui postumi den Anforderungen des früheren Civilrechts nicht genügt, ſo ſoll das Teſtament ſeinem ganzen Umfange nach rumpirt werden. Ferner ſoll es nun aber da, wo die Vorſchriften des früheren Rechts nicht beobachtet ſind, in derſelben Weiſe, wie ſonſt, auch eine Bonorum possessio contra tabulas geben, ſowohl für die Sui, als für diejenigen Nicht-Sui, welche der Prätor den Suis gleichachtet.

Wie nun aber, wenn in Anſehung ſolcher Deſcendenten, wie wir ſie bisher vorausgeſetzt haben, die Vorſchriften des früheren Rechts beobachtet ſind, und nur gegen die Beſtimmungen der Nov. 115. gefehlt iſt? Dieſer Fall, ſagt man, iſt mit noch zwei anderen Fällen nach einerlei Grundſätzen zu beurtheilen. Dieſe anderen Fälle aber ſind:

Erſtens der Fall, da die Vorſchriften der Novelle hinſichtlich ſolcher Deſcendenten vernachläſſigt ſind, welche nach früherem Rechte nicht brauchten inſtituirt, oder förmlich ausgeſchloſſen zu werden.

Zweitens der Fall, da die Vorſchriften der Novelle in Betreff der Aſcendenten nicht befolgt ſind.

Alle dieſe Fälle kommen darin überein miteinander: Es iſt nur gegen die Novelle gefehlt, nicht gegen die Beſtimmun-

gen des früheren Rechts. Eben deshalb muß der Erfolg in allen dieſen Fällen derſelbe ſein. Aber worin beſteht denn nun dieſer gemeinſame Erfolg?

Bei der Beantwortung dieſer Frage theilen ſich die Meinungen. Nämlich:

Die Einen ſagen: wo nur gegen die Nov. 115. gehandelt iſt, da muß man das Teſtament immer als ein ſolches betrachten, welches an und für ſich ſelbſt, wenn ſchon nur quantum ad heredis institutionem pertinet, ungültig iſt; ſei es nun, daß gar keine Urſache der Ausſchließung angegeben iſt, oder eine ſolche, welche die Novelle nicht für zureichend anerkennt, oder endlich eine Urſache, welche unwahr iſt. Dieſe Meinung kommt nun aber doch wieder inſofern in zwei verſchiedenen Modificationen vor, als die Einen die Ungültigkeit des Teſtaments als eine abſolute anſehen, während Andere ſie für eine bloß relative halten.

Eine zweite Meinung geht dahin: an und für ſich iſt das Teſtament in keinem von allen dieſen Fällen ungültig— ſondern es kann nur von dem Betheiligten mit der Inofficiosi querela angefochten werden: der nicht gehörig Ausgeſchloſſene kann nur darauf klagen, daß der Richter das Teſtament, quantum ad heredis institutionem pertinet, reſcindire.— Der praktiſche Unterſchied dieſer Meinung von der vorigen kann übrigens erſt aus dem Verfolg klar werden. Wir werden ihn kennen lernen in der Lehre von den inofficioſen Teſtamenten, von dieſen aber wird gehandelt werden in dem folgenden Abſchnitt V, von der Ungültigkeit der Teſtamente.

Wieder Andere ſchlagen nun aber einen Mittelweg ein. Sie ſagen, es macht einen großen Unterſchied, ob gar keine Urſache, oder wenigſtens keine geſetzlich anerkannte Urſache angegeben iſt — oder ob der Fehler nur darin liegt, daß die angegebene Urſache in facto nicht gegründet iſt. In dem erſten Falle iſt das Teſtament allerdings ipso jure, quantum ad heredis institutionem pertinet, ungültig; in dem zweiten aber kann es nur mit der Querela inofficiosi angefochten werden.

Man pflegt dieſe verſchiedenen Anſichten folgender Maßen zu bezeichnen: Die *erſte* nennt man das *reine Nullitäts-Syſtem*, die *zweite* das *reine Inofficioſitäts-Syſtem*, die *dritte* das *gemiſchte Syſtem*.

Außer dieſen drei *Hauptmeinungen* gibt es nun aber noch manche andere, welche *anzuführen*, zu weitläufig ſein würde.

Die *Praxis* iſt ſchwankend; allerdings aber ſcheint das *gemiſchte* Syſtem in praxi den meiſten Beifall gefunden zu haben, ungeachtet es doch gewiß das unhaltbarſte von allen iſt — indem es einen Unterſchied macht zwiſchen Fällen, die in der Novelle ganz *gleich* behandelt werden, wie ich ſchon im §. 863. bemerkt habe.

Zum Schluß will ich nur noch dies Eine bemerken: Es iſt bei den Neueren in der Lehre von der Nothwendigkeit der Inſtitution oder förmlichen Ausſchließung von der Erbſchaft häufig die Rede von einer *Querela nullitatis*, worunter man ſich eine Klage denkt, mittelſt deren Jemand den Umſtand geltend macht, daß ein vorhandenes Teſtament nach Grundſätzen des Civilrechts *nichtig* ſei. Iſt nun das Teſtament nichtig nach *älterem* Civilrecht, ſo nennt man die Klage Querela nullitatis *juris veteris* — iſt das Teſtament ungültig auf den Grund der Nov. 115., ſo heißt die Querel Querela nullitatis *juris novi*. Den Römern ſind alle dieſe Benennungen fremd. Auch gibt es überall in den hier bezeichneten Fällen keine eigenthümliche Klage, ſondern die Klage iſt immer nur eine Hereditatis petitio, nämlich Hereditatis *intestati* petitio.

§. 866.

D. Von der Enterbung aus guter Abſicht.

Man ſagt gewöhnlich *Enterbung* aus guter Abſicht, und auch im Lateiniſchen pflegen die Neueren *Exheredatio* bona mente zu ſagen, — man denkt jedoch dabei nicht bloß an Exheredatio, ſondern auch an *Präterition*, überhaupt Ausſchließung von der Erbfolge, aber nicht in der Abſicht, etwas

zum Nachtheil des Ausgeſchloſſenen zu thun, ſondern vielmehr in der Abſicht, zu ſeinem Vortheil, zu ſeinem Beſten zu dispo= niren.

Dies iſt der **Begriff** der Enterbung in guter Abſicht. — Aber es fragt ſich nun, was hat dieſer Begriff für ein **juriſtiſches Intereſſe**?

I. Recht vor der Novelle 115.

Hier werden wir ſagen müſſen: Für die Lehre von der Nothwendigkeit der Inſtitution, oder der förmlichen Ausſchließung von der Erbſchaft hat der Begriff gar kein Intereſſe. Denn, ob der Parens ſeine Kinder inſtituiren will, oder exherediren, das iſt ganz ſeiner Willkür überlaſſen; es bedarf keines Grun= des, alſo kann auch die Abſicht nicht in Betracht kommen. Wohl aber iſt jener Begriff nicht ohne Intereſſe für eine ver= wandte Lehre. Nämlich: außer der Nothwendigkeit der Inſtitu= tion oder förmlichen Ausſchließung von der Erbfolge gibt es auch noch eine Verpflichtung, gewiſſen Perſonen **etwas zuzuwen= den**, ihnen, es ſei nun durch Erbeseinſetzung oder auf andere Weiſe, den **Pflichttheil** zu hinterlaſſen, wovon gehandelt wer= den wird §. §. 873. folg. Dieſe Verpflichtung fällt nur dann weg, wenn der zum Pflichttheil Berechtigte ſich der Zuneigung des Teſtators unwürdig gemacht hat; außerdem kann der Be= rechtigte das Teſtament mit der Inofficiosi querela anfechten. Und da entſteht nun die Frage: Geſetzt der Teſtator hat den zum Pflichtheil Berechtigten, ſeiner Zuneigung nicht Unwürdi= gen, von der Erbfolge ausgeſchloſſen, ohne ihm auf andere Weiſe den Pflichttheil zu hinterlaſſen — wird die Anfechtung des Te= ſtaments durch die Inofficiosi querela wegfallen, wenn der Te= ſtator aus guter Abſicht gehandelt hat? Im Allgemeinen liegt darin ein Widerſpruch, eine gute Abſicht gegen Jemanden ha= ben, und dieſe bethätigen dadurch gerade, daß man ihm nichts hinterläßt. Indeſſen können doch Fälle vorkommen, wo dieſer Widerſpruch nicht Statt findet.

Einen ſolchen Fall enthält u. A. L. 25. C. d. inofficioso test. III, 28.: Eine verheirathete Frau ſetzt einen Fremden zum Er=

ben ein, und außerdem auch ihre Kinder. Aber da ſie ihren Mann als einen Verſchwender kennt, und fürchtet, daß er, wenn er die Erbtheile ihrer Kinder in ſeine Hände bekommen ſollte, dieſelben durchbringen möchte, ſo ſetzt ſie ihre Kinder unter der Bedingung der Emancipation ein, ohne ihnen außerdem etwas zu hinterlaſſen. Alſo ſind die Kinder für den Fall, daß ſie nicht emancipirt werden, ausgeſchloſſen. Aber bei dieſer Ausſchließung liegt eine gute Abſicht der Mutter zu Grunde. Wird nun hier das Teſtament mit der Inofficiosi querela angefochten werden können? Dies wird verneint, weil die Ausſchließung nicht auf einer Liebloſigkeit beruhet [1]).

II. Recht ſeit der Novelle 115.

Hier iſt der Begriff der Enterbung aus guter Abſicht von juriſtiſchem Intereſſe unmittelbar für die Lehre von der Nothwendigkeit der Inſtitution oder förmlichen Ausſchließung von der Erbfolge. Denn die Befugniß zur Ausſchließung von der Erbfolge iſt ja nicht mehr eine Sache der Willkür. Es werden beſtimmte Gründe gefordert. Nun fragt es ſich: Wo dieſe Gründe nicht vorhanden ſind, wird nicht die Ausſchließung von der Erbfolge wenigſtens dann zuläſſig ſein, wenn ſie in guter Abſicht erfolgt? Und dieſe Frage ſcheint allerdings bejaht werden zu müſſen. Juſtinian hat offenbar in der Nov. 115. nur den Zweck zu bewirken geſucht, daß der Teſtator nicht zum Nachtheil ſolcher Deſcendenten oder Aſcendenten handle, welche ihm keinen genügenden Grund zum Mißfallen gegeben haben. Hier iſt ja aber von einer Ausſchließung zum Vortheil des Ausgeſchloſſenen die Rede.

Einige neuere Juriſten ſind zwar entgegengeſetzter Meinung. Sie halten bei einem nicht Unwürdigen die Ausſchließung in guter Abſicht für unſtatthaft. Allein die Meiſten ſind für die Zu-

1) Außer dieſer Stelle geſchieht der Ausſchließung aus guter Abſicht, und namentlich der Exheredation aus guter Abſicht noch Erwähnung in L. 16. §. 2. D. d. curatorib. furioso et aliis extra minores dandis. XXVII, 10. und L. 18. D. h. t. (XXVIII, 2.) »Multi non notae causa exheredant filios, nec ut eis obsint, sed ut eis consulant, utputa impuberibus, eisque fideicommissam hereditatem dant.«

läſſigkeit. Und dieſe Anſicht ſcheint auch in der *Praxis* die herrſchende zu ſein [2]).

V. Von den Gründen der Ungültigkeit eines Teſtamentes. (§. §. 867 — 892.)

† INST. II, 17. Quibus modis testamenta infirmantur. — † DIG. XXVIII, 3. De injusto, rupto, irrito facto testamento.

§. 867.

A. Einleitung.

Die Ungültigkeit eines Teſtaments beruhet entweder auf Grundſätzen des *Civilrechts*, oder auf den eigenthümlichen Anſichten des *prätoriſchen* Rechts. In dieſem letzteren Falle kann ſie geltend gemacht werden nur vermittelſt einer Bonorum possessio *contra tabulas*. Von dieſem abſtrahire ich für jetzt. Ich behalte mir vor die Bedingungen und Wirkungen der Bonorum possessio contra tabulas in demjenigen Kapitel auszuführen, welches ganz eigentlich der Darſtellung des prätoriſchen Rechts beſtimmt iſt (§. 989.). Fragen wir nun aber: Wie kann es geſchehen, daß ein Teſtament ungültig iſt nach Grundſätzen des Civilrechts? ſo iſt die Antwort dieſe: Die Ungültigkeit des Teſtaments kann

I. gleich *von Anfang her* vorhanden ſein. Iſt dieſe gleich anfängliche Ungültigkeit eine *directe*, welche ipso jure wirkt, ſo iſt das Teſtament ein Testamentum *nullum*. §. 868.

II. Die Ungültigkeit des Teſtaments kann aber auch eine erſt *ſpäter eintretende* ſein, und zwar kann dies geſchehen

A. ohne die Dazwiſchenkunft eines richterlichen Ausſpruchs:

1. dadurch, daß ſich nach errichtetem Teſtamente ein Postumus anfindet, der bei der Erbeseinſetzung nicht gehörig berückſichtigt iſt: Testamentum *ruptum*. §. §. 855. folg.

2. Durch ſpätere Willensänderung von Seiten des Teſtators. §. §. 869. 870. Aeußert ſich dieſe durch Errichtung eines

2) Nach dem Zeugniß von Glück, VII. S. 258. 260.

neuen Teſtaments, ſo wird das früher errichtete Teſtament gleichfalls Testamentum ruptum genannt.

3. Durch Capitis deminutio des Teſtators: Testamentum irritum. §. 871.

4. Dadurch, daß Niemand Erbe wird aus dem Teſtamente: Testamentum irritum oder destitutum. §. 872.

B. Durch einen Ausſpruch des Richters. Dies geſchieht vermöge der Querela inofficiosi testamenti. §. §. 873—892.

§. 868.

B. Von der anfänglichen Ungültigkeit eines Teſtamentes.

Schon im §. 794. iſt die Rede geweſen von der Unwirkſamkeit eines Teſtamentes, zu deſſen Abfaſſung der Teſtator gezwungen worden iſt. Ein ſolches Teſtament iſt gleich von Anfange fehlerhaft — aber, wie ich ſchon früher bemerkt habe, es ſcheint doch nicht, daß man ſagen kann, das Teſtament iſt ipso jure null und nichtig; die Ungültigkeit des Teſtaments iſt keine directe, vielmehr, der Strenge nach, beſteht das Teſtament; aber demjenigen, welcher ſich darauf beruft, demjenigen, welcher es geltend machen will, kann die Einrede des Zwanges entgegengeſetzt werden.

Dagegen iſt nun das Teſtament gleich von Anfang ipso jure nichtig, es iſt ein Testamentum nullum, in folgenden Fällen:

1. Wenn es dem Teſtator an dem Jus testamenti faciendi fehlt.

2. Wenn die geſetzlich vorgeſchriebene Form vernachläſſiget iſt, in welchem Falle vorzugsweiſe das Teſtament Testamentum non jure factum, auch Testamentum injustum genannt wird [1]).

3. Wenn die in dem Teſtamente enthaltene Erbeseinſetzung gleich von Anfang ungültig iſt — oder, Falls das Teſtament

1) L. 1. D. h. t. »Testamentum non jure factum dicitur, ubi solennia juris defuerunt.«

mehre Erbeseinſetzungen enthält, wenn dieſe insgeſammt ſchon von Haus aus ungültig ſind; wie wenn der Teſtator lauter Perſonen zu Erben ernannt hat, die damals ſchon, als das Teſtament errichtet wurde, nicht mehr am Leben waren.

4. Endlich kann das Teſtament gleich von Anfang ungültig ſein wegen nicht gehöriger Berückſichtigung eines Notherben — nur freilich, daß dieſe Ungültigkeit ſich, nach der Nov. 115., nur auf die Erbeseinſetzung bezieht. Deshalb verweiſe ich auf den vorigen Abſchnitt.

C. Von der Aufhebung eines Teſtamentes durch ſpäter eintretende Ereigniſſe. (§. §. 869—892.)

A. Durch Willensänderung. (§. §. 869. 870.)

§. 869.

a. Vermittelſt der Errichtung eines neuen Teſtamentes.

Ein ſolches ſpäteres Teſtament hebt das frühere ipso jure auf, auch wenn der Teſtator ſich darüber nicht ausdrücklich erklärt hat; es iſt dieſer Erfolg eine unmittelbare und nothwendige Folge von der bloßen Exiſtenz des ſpäteren Teſtaments. Und zwar wird das frühere Teſtament hier ſeinem ganzen Umfange nach aufgehoben. Der Grund iſt dieſer:

Jedes Teſtament wird bezogen auf das geſammte Vermögen des Teſtators; und daher iſt es unzuläſſig, daß zwei Teſtamente einer und eben derſelben Perſon neben einander beſtehen. Wenn nun aber von zwei wirklich vorhandenen Teſtamenten nur Eines gültig ſein kann, ſo bringt es die Natur eines letzten Willens mit ſich, daß gerade das ſpätere Teſtament das geltende ſein muß.

Es bedarf jetzt noch einiger näherer Beſtimmungen:

1. Das ſpätere Teſtament muß auf die Weiſe errichtet ſein, daß es, und zwar als Teſtament, zu Recht beſtehen kann [1]). Eine Ausnahme tritt in folgendem Falle ein:

1) §. 2. I. h. t. »Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur. Nec interest, an exstiterit aliquis heres ex eo, an non exstiterit; hoc enim solum spectatur, an

Es hat Jemand in einem früheren Teſtamente ſolche Perſonen zu Erben ernannt, die ihm ab intestato nicht ſuccediren würden; in einem ſpäteren letzten Willen aber inſtituirt er diejenigen gerade, welche als Inteſtaterben ein Recht auf ſeine Erbſchaft haben. Hier wird durch dieſe ſpätere Willenserklärung das frühere Teſtament ſelbſt dann rumpirt, wenn nicht die volle Zahl von ſieben Zeugen zugezogen iſt, wofern nur wenigſtens fünf Zeugen gegenwärtig geweſen ſind. In dieſem letzteren Falle nennen die Neueren das ſpätere Teſtament ein **Testamentum posterius imperfectum.** Es gilt nicht als Teſtament, ſondern nur als Codicill, und dennoch hat es die Kraft, das frühere Teſtament aufzuheben [2]).

2. Es genügt, daß das ſpätere Teſtament ein von Anfang gültiges ſei. Dadurch, daß es ſpäter ſeine Gültigkeit verliert, wird das frühere Teſtament nicht hergeſtellt [3]).

3. Es gibt Fälle, in denen das frühere Teſtament, des ſpäteren ungeachtet, ausnahmsweiſe wirkſam iſt:

Dahin gehört der Fall der **L. ult. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.** Der Teſtator errichtet ein neues Teſtament in der irrigen Vorausſetzung, daß der in dem früheren Teſtamente inſtituirte Erbe geſtorben ſei. Hier gilt, was die Erbeseinſetzung betrifft, das frühere, im Uebrigen das ſpätere Teſtament. Vgl. §. 795.

Ferner: Wenn der Teſtator in dem ſpäteren Teſtamente ausdrücklich zu erkennen gibt, daß er das frühere wolle erhalten wiſſen; ſo läßt man die in dieſem getroffenen Verfügungen wenigſtens als fideicommiſſariſche Diſpoſitionen gelten. Die in dem ſpäteren Teſtamente inſtituirten Erben müſſen daher die Erbſchaft an die in dem früheren Teſtamente Inſtituirten herausgeben [4]).

Anderweitige Modificationen der in dieſem Paragraphen aufgeſtellten Grundſätze werden wir kennen lernen theils in der Lehre von dem militäriſchen Teſtamente §. 898., theils in der

aliquo casu existere potuerit...« Vgl. L. 2. D. h. t.

2) cit. L. 2. D. h. t.; insbeſondere aber L. 21. §. 3. (al. 5.) C. d. testamentis. VI, 23.

3) cit. §. 2. I. h. t. L. 16. D. h. t.

4) §. 3. I. h. t. L. 12. §. 1. D. h. t.

Lehre von dem Teſtamente der Aeltern unter ihren Kindern §. 902., theils endlich in der Lehre von der **Bonorum possessio** §. 990.

§. 870.

b. Ohne ein neues Teſtament.

DIG. XXVIII, 4. De his, quae in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur.

I. Von der Willensänderung des Teſtators, inwieweit dieſe ſich durch zerſtörende Handlungen kund gibt, die gegen die teſtamentariſche Urkunde gerichtet ſind.

In dieſer Beziehung iſt Folgendes zu merken:

1. Die zerſtörende Handlung kann an und für ſich, ihrem bloß factiſchen Charakter nach, von ſehr mannichfaltiger Art ſein: Der Teſtator kann die Urkunde zerſchneiden, verbrennen u. ſ. w., kurz, er kann das Material ſelbſt zerſtören, auf welches die Schriftzüge aufgetragen ſind. Es kann die zerſtörende Handlung aber auch darauf beſchränkt ſein, daß der Teſtator der Urkunde diejenigen äußeren Attribute entzieht, wodurch ſie als ein Teſtament bezeichnet wurde. Dahin gehört, wenn er die Siegel zerſtört. Endlich iſt es denkbar, daß die zerſtörende Handlung bloß den Inhalt des Teſtaments betrifft, indem ſie bloß gegen die den Inhalt darſtellenden Schriftzüge gerichtet iſt. Der Teſtator kann dieſe auslöſchen (delere), durchſtreichen (inducere), u. ſ. w.; er kann auf die vorhandenen Schriftzüge neue auftragen (inscribere). Geſchieht das Durchſtreichen durch Linien, welche einander ſchneiden, und ſo nun das Anſehen eines Gitters gewähren — ſo heißt dies: **cancellare** i. e. cancellis obducere.

2. Soll die zerſtörende Handlung in juriſtiſcher Beziehung vernichtend wirken, ſo muß der Teſtator ſie abſichtlich vorgenommen haben [1]).

1) L. 1. pr. et §. 3. D. d. his, quae in test. delentur etc. »Sed consulto quidem deleta petentes exceptione repelluntur; inconsulto vero non repelluntur, sive legi possunt, sive non possunt, quoniam et si totum testamentum non exstet, constat valere omnia, quae in eo scripta sunt. Et si quidem illud concidit testator, denegabuntur actiones; si vero alius invito testatore, non denegabuntur.« L. 12. L. 30. C. d. testam. VI, 23.

Deshalb, weil abſichtliche Zerſtörung deſſelben gefordert wird, hebt Zerſtörung des Teſtaments im Wahnſinn ſeinen Beſtand nicht auf [2]).

3. Durch die vernichtende Handlung kann das Teſtament im Ganzen aufgehoben werden; es kann aber auch ſein, daß nur einzelne Dispoſitionen dadurch afficirt werden: Jenes iſt der Fall, wenn der Teſtator die Urkunde ganz und gar zerſtört [3]), oder ihr diejenigen Attribute entzieht, welche ihr den Charakter eines feierlichen und förmlich errichteten Teſtaments mittheilen [4]); desgleichen, wenn er den geſammten Inhalt auslöſcht oder durchſtreicht [5]). Wenn dagegen der Teſtator nur einzelne Stellen auslöſcht, oder durchſtreicht, oder ſonſt auf andere Weiſe vernichtet, ſo verlieren ihre Kraft nur die in dieſer Stelle gerade enthaltenen Anordnungen, während das Teſtament ſeinem übrigen Inhalte nach wirkſam bleibt [6]).

4. In beſonderer Beziehung auf den Fall des Auslöſchens und Durchſtreichens muß ich noch *zweierlei* bemerken:

a. Iſt das Teſtament von den Zeugen nicht *unterſiegelt*, ſondern, wie dies bei den Römern üblich war, *zugeſiegelt*, ſo muß natürlich der Teſtator, um etwas auslöſchen, oder durchſtreichen zu können, die teſtamentariſche Urkunde erſt entſiegeln. Dann aber bedarf es einer erneuerten Beſiegelung durch die Zeugen [7]).

b. Nicht immer wird dasjenige, was durchſtrichen oder ausgelöſcht iſt, als geradezu ungültig behandelt. Sondern es wird häufig eine ſolche Verfügung aus dem Geſichtspunkte angeſehen, daß man ſie, an und für ſich, nach wie vor als wirkſam betrachtet, und daß nur derjenige, auf deſſen Vortheil ſie ſich bezieht, als ein Unwürdiger behandelt wird, welchem der Fiscus das

2) L. ult. D. h. t. (XXVIII, 3.)

3) cit. L. 1. §. 3. D. d. his, quae in test. delentur etc.

4) L. 1. §. 10. D. d. B. P. s. t. XXXVIII, 11. cit. L. 30. C. d. testam. VI, 23.

5) L. 3. D. d. his, quae in testam. delentur etc. L. I. §. 8. D. si tabulae testamenti nullae exstabunt. XXXVIII, 6.

6) L. 2. cit. L. 3. D. d. his, quae in testam. delentur etc.

7) Hierauf bezieht ſich L. 23. D. qui testamentum facere poss. etc. XXVIII, 1.

Hinterlaſſene entreißt. Hierauf werde ich im §. 977. zurückkommen.

II. Von der Willensänderung des Teſtators ohne Errichtung eines neuen Teſtaments, und ohne Zerſtörung der vorhandenen teſtamentariſchen Urkunde.

Wenn wir für's Erſte von dem Rechte ſpäterer Conſtitutionen abſtrahiren, — ſo werden wir ſagen müſſen: Gewiſſe im Teſtamente enthaltene Anordnungen, namentlich Vermächtniſſe, können durch Willensänderungen aufgehoben werden, ohne ein neues Teſtament, und ohne Zerſtörung der teſtamentariſchen Urkunde. Aber auf die Erbeseinſetzung iſt dies nicht anwendbar. Die Erbeseinſetzung kann in ſpäteren bloßen Codicillen nicht zurückgenommen werden [8]). Noch weniger kann ſie unwirkſam gemacht werden durch anderweitigen ſpäteren Widerruf: ein ſolcher Widerruf begründet nicht einmal eine Exceptio gegen den eingeſetzten Erben [9]). Hieraus aber folgt, daß ein Teſtament im Ganzen durch Willensänderung nicht aufgehoben werden könne ohne ein neues Teſtament, und ohne Zerſtörung der teſtamentariſchen Urkunde [10]).

So verhält es ſich, wenn wir abſehen von dem Rechte ſpäterer Conſtitutionen. Nach dieſem indeſſen müſſen wir ſagen: Ein einfacher Widerruf iſt allerdings zur Aufhebung eines Teſtaments im Ganzen nicht geeignet, wohl aber ein auf eine gewiſſe Weiſe qualificirter. Dies beruht auf einer Conſtitution von Juſtinian, die wieder in Beziehung ſteht zu einer früheren Verordnung des Kaiſers Honorius. Nämlich der Kaiſer Honorius hatte in der L. 6. Th. C. de testam. IV, 4. verordnet: durch einen Verlauf von zehn Jahren ſolle

8) §. 2. I. d. codicillis. II, 25. L. 76. D. ad SCtum Trebell. XXXVI, 1.

9) L. 36. §. 3. D. d. test. milit. XXIX, 1. L. 22. D. d adim. v. transfer. legat. etc. XXXIV, 4.

10) §. 7. I. h. t. (II, 17.) »Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere: usque adeo ut, et si quis post factum prius testamentum, posterius facere coeperit, et aut mortalitate praeventus, aut quia eum ejus rei poenituit, non perfecisset, divi Pertinacis oratione cautum est, ne alias tabulae priores jure factae irritae fiant, nisi sequentes jure ordinatae et perfectae fuerint.« §. 8. I. eod. »Nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est . . .«

ein Teſtament ſeine Gültigkeit ipso jure verlieren. Juſtinian aber in der L. 27. C. de testam. VI, 23. ſetzte Folgendes feſt: Der bloße Verlauf von zehn Jahren ſoll dieſe vernichtende Wirkung nicht haben; ſondern der Ablauf eines Decennii ſoll ein Teſtament nur in dem Falle aufheben, wenn der Teſtator daſſelbe während dieſes Zeitraums ausdrücklich widerrufen hat, entweder mittelſt einer gerichtlichen Erklärung, oder auch außergerichtlich in Gegenwart von wenigſtens drei gehörig qualificirten Zeugen.

Uebrigens werden wir in der Folge, in der Lehre von dem militäriſchen Teſtamente, ſehen, daß die Regel, ein einfacher Widerruf ſei nicht geeignet, ein Teſtament im Ganzen aufzuheben, nicht ohne Ausnahme iſt. §. 900.

§. 871.

B. Durch Capitis deminutio des Teſtators.

Es iſt für die fortdauernde Gültigkeit eines Teſtaments durchaus nicht erforderlich, daß der Teſtator bis an ſeinen Tod hin in dem Beſitze bleibe aller derjenigen Eigenſchaften, deren er bedurfte, um das Teſtament zu errichten. So ſchadet es der Gültigkeit des Teſtaments nicht, wenn der Teſtator hinterdrein unfähig wird eines vernünftigen Wollens, oder unfähig, ſeinen Willen zu äußern; eben ſo wenig, wenn er etwa in der Folge gerichtlich für einen Verſchwender erklärt wird [1]).

Wohl aber verliert das Teſtament ſeine Gültigkeit, wenn in dem Status des Teſtators eine Veränderung vorgeht, durch welche er unfähig wird, zu teſtiren.

Dies iſt nach Römiſchem Rechte der Fall, wenn der Teſtator durch eine Capitis deminutio entweder Sclav wird, oder, obſchon er frei bleibt, wenigſtens die Civität einbüßt, oder endlich aus einem Homo sui juris zu einem Filiusfamilias wird [2]). In dem erſten Falle haben wir eine maxima, in dem zweiten eine media, in dem dritten eine minima capitis deminutio.

1) §. §. 1. 2. 3. I. quib. non est permiss. fac. test. II, 12.

2) L. 6. §. 5. D. h. t. (XXVIII, 3.) §. §. 4. 5. I. h. t. (II, 17.)

In allen dieſen Fällen verliert das Teſtament ſeine Kraft um deswillen, weil es aufhört, ein Object zu haben: Entweder es iſt überall kein Vermögen weiter vorhanden, oder doch keines, was geeignet wäre, Gegenſtand eines Teſtaments, und insbeſondere eines Römiſchen Teſtaments zu ſein. Aber nicht nur, daß das Teſtament ſeine Kraft verliert, es iſt überdies die Regel: Das durch eine Capitis deminutio testatoris einmal ungültig gewordene Teſtament bleibt ungültig, ſelbſt wenn in der Folge etwa der Teſtator den früheren Status, den er durch die Capitis deminutio verloren hat, wieder erlangt.

Nur in Einem Falle leidet das bisher Geſagte ſelbſt Jure civili eine Ausnahme. Nämlich, iſt der Teſtator dadurch Sclav geworden, daß er in feindliche Gefangenſchaft gerathen iſt, ſo erweiſ't ſich das Teſtament auf alle Weiſe wirkſam. Denn kehrt der Teſtator zurück, und zwar unter ſolchen Umſtänden, unter welchen ihm das Jus postliminii zu Statten kommt, ſo wird er angeſehen, gleich als ob er nie aufgehört hätte, frei und Civis zu ſein — und ſo wird nun auch ſein Teſtament aus dem Geſichtspunkte betrachtet, wie wenn es ſeine Gültigkeit in keinem Augenblicke verloren gehabt hätte. Kehrt aber der Teſtator aus der Gefangenſchaft nicht zurück, oder geſchieht dies wenigſtens unter Umſtänden, unter denen er auf das Jus postliminii keinen Anſpruch hat, ſo wird das Teſtament durch eine Lex Cornelia aufrecht erhalten. Nämlich ſtirbt der Teſtator, ohne in den früheren Zuſtand zurückgekehrt zu ſein, ſo wird nach jener Lex Cornelia die Sache aus dem Geſichtspunkte angeſehen, wie wenn der Teſtator nicht jetzt erſt geſtorben wäre, ſondern ſchon damals, als er in feindliche Gefangenſchaft gerieth — zu einer Zeit alſo, da er noch frei und Civis war: Fictio legis Corneliae [3]).

Jure praetorio wird, wenn der Teſtator eine Capitis deminutio erfahren hat, das Teſtament in noch mehren Fällen aufrecht erhalten: Der Prätor nämlich gibt, der von dem Teſtator erlittenen Capitis deminutio ungeachtet, den eingeſetzten

3) §. ult. I. quib. non est permiss. fac. test. II, 12. L. 18. L. 22. pr. et §. 2. D. d. captiv. et de postlim. XLIX, 15.

Erben eine Bonorum possessio secundum tabulas, ſobald nur der Teſtator bei ſeinem Tode den verlornen Status wieder erlangt hat [4]). Das Nähere darüber wird in der Lehre von der Bonorum possessio vorkommen §. 990.

Hier bleiben wir bei den Beſtimmungen des Civilrechts ſtehen. Da jedoch die maxima, desgleichen die media capitis deminutio für unſer heutiges gemeines Recht nicht mehr als praktiſch betrachtet werden können, ſo bedarf nur noch die Vorausſetzung einer minima capitis deminutio einer näheren Ausführung.

Nicht jede minima capitis deminutio äußert auf das Teſtament des Capite minutus eine vernichtende Wirkung. Doch will ich zunächſt die Fälle angeben, in welchen das Teſtament des Capite minutus zu einem irritum wird. Dahin gehört

1. der Fall, da der Teſtator durch Arrogation aus einem Homo sui juris zu einem Filiusfamilias wird. Der Grund, warum hier das Teſtament ſeine urſprüngliche Gültigkeit verliert, liegt darin: Nach älterem Rechte verlor derjenige, welcher ſich arrogiren ließ, durch die Arrogation ſein geſammtes Vermögen; und es war daher nunmehr für die Erbfolge kein Gegenſtand weiter vorhanden. Nach Juſtinianiſchem Rechte iſt es allerdings anders: Der Arrogirte verliert ſein Vermögen nicht; aber es wird doch nun aus einem durchaus unabhängigen Vermögen zu einem Peculium adventitium; ein Peculium dieſer Art kann aber nur Gegenſtand der Inteſtaterbfolge ſein. — Uebrigens gilt die eben aufgeſtellte Regel auch nur inſofern gerade, als der Arrogirte durch die Arrogation aufhört, freier und unbeſchränkter Herr zu ſein desjenigen Vermögens, auf welches das Teſtament ſich bezieht. Wenn daher ein Soldat, welcher sui juris iſt, und in der Lage militäriſch zu teſtiren, bloß über ſeine Bona castrensia teſtirt hat, und nun hinterdrein ſich arrogiren läßt; ſo bleibt dieſes Teſtament nach wie vor gültig. Denn die Bona castrensia, auf welche allein das Teſtament ſich bezieht, dieſe werden nun zu einem Castrense peculium; ein

4) §. 6. (al. 5.) I. h. t.

ſolches aber kann ſehr füglich Gegenſtand ſein eines Teſtaments [5]).

2. Auf eine ganz analoge Weiſe, wie die Arrogation, wirkt die *Legitimation* des Teſtators. Auch dieſe involvirt eine **minima capitis deminutio**, und zwar eine ſolche, daß der Legitimirte dadurch aus einem **Homo sui juris** zu einem **Filiusfamilias** wird.

Dagegen hat die **minima capitis deminutio** die bisher bezeichnete Wirkung nicht, wenn ſie durch **Datio in adoptionem** oder durch **Emancipatio** herbeigeführt wird. In dem einen, wie in dem andern Falle müſſen wir ein Teſtament vorausſetzen, welches Jemand als **Filiusfamilias** gemacht hat. Hier nun iſt *zweierlei* möglich: entweder der **Filiusfamilias** hatte überall kein Vermögen, über welches er gültiger Weiſe teſtiren konnte; und dann war das Teſtament ſchon von Haus aus nichtig — oder er hatte ein ſogenanntes **Peculium militare**; und dann war das Teſtament nicht nur von Anfang her gültig, ſondern es bleibt auch gültig, der erfolgten **Datio in adoptionem** oder der erfolgten **Emancipatio** ungeachtet. Denn der Gegenſtand des Teſtaments hört hier, ſelbſt bei der **Datio in adoptionem**, keineswegs auf, freies und unbeſchränktes Vermögen des Teſtators zu ſein [6]).

§. 872.

C. Durch Wegfallen der eingeſetzten Erben.

Daß ein Teſtament *deſtituirt* wird, das kann auf mehr, als Eine Weiſe geſchehen. Es kann ſein, daß irgend ein Ereigniß, welches erſt nach errichtetem Teſtamente eintritt, es dem Erben unmöglich macht, die Erbſchaft zu erwerben. Ein ſolches Ereigniß kann bewirken, daß die Erbſchaft dem Erben nicht einmal deferirt wird, wie wenn er unter einer Bedingung inſtituirt iſt, und dieſe ausfällt. Es kann aber auch ſein, daß dem Erben nur eben der Erwerb unmöglich gemacht wird, ſo z. B.,

5) L. 23. D. d. testam. milit. XXIX, 1.

6) L. 22. D. eod. §. 5. I. d. militari test. II, 11. — L. 6. §. 17. D. h. t. L. 1. §. 8. D. d. B. P. s. t. XXXVII, 11.

wenn ihn der Tod zu einer Zeit übereilt, da die Erbſchaft ihm bereits deferirt iſt, da er aber noch unentſchloſſen iſt, ob er ſie annehmen ſoll oder ausſchlagen. Aber es kann ſich auch zutragen, daß der Erbe ſehr wohl die Erbſchaft erwerben könnte, und daß er ſie bloß deswegen nicht erwirbt, weil er ſie nicht erwerben will. Uebrigens, es geſchehe aus welchem Grunde es wolle: wenn in der That aus dem Teſtamente Niemand Erbe wird, ſo iſt nun das Teſtament jure civili ſeinem ganzen Inhalte nach vernichtet [1]).

Nach prätoriſchem Rechte kann man dies indeſſen nicht ſo ſchlechthin ſagen. Nämlich: Denken wir uns, der eingeſetzte Erbe bedient ſich des ihm zuſtehenden **Jus succedendi** nicht, bloß in der Abſicht, die im Teſtamente angeordneten Vermächtniſſe und Freilaſſungen unwirkſam zu machen — und es wird dadurch nun das Teſtament deſtituirt. Hier iſt der Erfolg der: **Jure civili** iſt das Teſtament, jenes **Dolus** ungeachtet, deſſen der eingeſetzte Erbe ſich ſchuldig gemacht hat, ohne alle Wirkung. Der Prätor dagegen betrachtet es in gewiſſer Beziehung als wirkſam [2]). Nämlich:

Erſtens kommt der Prätor denjenigen zu Hülfe, welchen Legate oder Fideicommiſſe hinterlaſſen ſind, desgleichen denjenigen, welchen im Teſtamente die Freiheit zugeſichert iſt [3]).

Zweitens: Iſt ein **Testamentum pupillare** vorhanden, deſſen Gültigkeit von der Gültigkeit des deſtituirten Teſtaments abhängt, ſo erhält er dieſes **Testamentum pupillare** aufrecht [4]).

Was ich von den im Teſtamente angeordneten Vermächtniſſen geſagt habe, erfordert noch eine nähere Erörterung. Dieſe jedoch verſpare ich für den §. 1027.

1) L. 9. D. d. testam. tut. XXVI, 2. L. 12. §. 5. D. d. bonis libertor. XXXVIII, 2 L. 181. D. d. R. J. »Si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur.«

2) Von den hieher gehörigen Beſtimmungen des prätoriſchen Rechts handelt: Dig. XXIX, 4. Si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem. Cod. VI, 39. Si omissa sit causa testamenti.

3) L. 1. pr. L. 28. §. 1. D. tit. cit.

4) L. 2. §. 1. D. d. vulg. et pupill. subst. XXVIII, 6.

D. Durch richterlichen Ausſpruch wegen Inofficioſität *).
(§. §. 873 — 892.)

† INST. II, 18. † DIG. V, 2. † COD. III, 28. De inofficioso testamento. — NOV. 18. c. 1. NOV. 115. c. 3 — 5.

§. 873.

a. Einleitung.

Unter einem inofficioſen Teſtamente verſteht man ein ſolches, welches an und für ſich gültig iſt, dennoch aber aus dem Grunde angefochten werden kann, weil diejenigen, welchen der Teſtator einen Pflichttheil ſchuldig war, in dieſem Pflichttheile verletzt ſind. Denen, welche ein Recht auf einen Pflichttheil haben, denſelben zu hinterlaſſen, iſt ein Officium pietatis; und eben deswegen nennt man ein Teſtament, in welchem dieſem Officio kein Genüge geſchehen iſt, ein Testamentum inofficiosum, d. h. ein Testamentum non ex officio pietatis factum [1]).

Was verſteht man nun aber unter dem Pflichttheil?

Der Begriff des Pflichttheils wird durch folgende Merkmale beſtimmt:

1. Der Pflichttheil beſteht jederzeit in einer gewiſſen Quote desjenigen, was Jemand ab intestato würde erhalten haben.

2. Der zum Pflichttheil Berechtigte kann auf dieſe Quote Anſpruch machen, ſelbſt wenn ein Teſtament vorhanden iſt, ſobald er ſich der Zuneigung des Teſtators nicht unwürdig gemacht hat.

In unſeren Quellen, wenigſtens in den Conſtitutionen des Codex, kommen dafür folgende Ausdrücke vor: Legitima portio [2]); debita portio; pars legitima [3]). Auch findet ſich in den Quellen zuweilen in Bezug auf den Pflichttheil der Ausdruck Falcidia gebraucht [4]). Dies dürfte ſo zu erklären ſein: Die Lex Falcidia verordnete bekanntlich, daß dem Erben der

*) Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheils-Berechtigten. Göttingen, 1831.

1) Vgl. L. 2. L. 3. D. h. t.

2) L. 30. pr. L. 32. L. 35. §. 2. L. 36. §. 1. C. h. t.

3) cit. L. 36. pr. C. h. t.

4) Siehe hierüber Glück, XXXV. S. 236. folg. Note 36. u. 37.

Google

vierte Theil der Erbſchaft in jedem Falle frei von Legaten verbleiben ſolle. Und dieſe geſetzliche Anordnung ſcheint die Veranlaſſung dazu gegeben zu haben, daß die Größe des Pflichttheils, gleich dem, was die Legate den Erben übrig laſſen ſollten, auf ein Viertel geſetzt wurde.

Was nun aber die darüber geltenden Grundſätze betrifft, ſo findet ſich, daß auch hierin, eben wie in der Lehre von der Nothwendigkeit der Inſtitution oder förmlichen Ausſchließung von der Erbfolge, die Nov. 115. ſehr weſentliche Veränderungen hervorgebracht hat. Auch hier wird es daher zweckmäßig ſein, daß wir uns erſt mit dem Rechte vor, dann aber mit dem Rechte ſeit der Nov. 115. bekannt machen. Jenes ſoll geſchehen in den §. §. 874—886., dieſes in den §. §. 887—892.

Was nun zuerſt das Recht anbetrifft vor der Nov. 115., ſo iſt hier wiederum vor allem nöthig, Rückſicht zu nehmen auf das Verhältniß der Lehre vom Pflichttheil zu der Lehre von der Nothwendigkeit der Inſtitution oder Exheredation. Es iſt hauptſächlich die nicht gehörige, nicht klare Auffaſſung dieſes Verhältniſſes, wodurch dieſe Materie bei der gewöhnlichen Behandlung ſo ſchwer wird. Davon §. 874.

b. Recht vor der Novelle 115. (§. §. 874—886.)

§. 874.

α. Verhältniß der Lehre vom Pflichttheil zu der Lehre von der Nothwendigkeit der Inſtitution oder Exheredation.

Das Verhältniß nun, in welchem nach vorjuſtinianiſchem Rechte die Lehre von inofficioſen Teſtamenten zu der Lehre von der Nothwendigkeit der Inſtitution oder Exheredation ſtand, war folgendes:

1. Die Verpflichtung zur Inſtitution oder Exheredation gewiſſer Perſonen gründete ſich lediglich auf die Vorausſetzung der väterlichen Gewalt. Sie fand Statt nur bei einem Manne, und nur in Beziehung auf gewiſſe Deſcendenten — nämlich in Beziehung auf diejenigen, welche entweder Sui wa-

ren des Teſtators, oder doch vom Prätor den Suis gleichgeachtet wurden. — Ganz anders mit der Verpflichtung zur Hinterlaſſung eines Pflichttheils. Dieſe gründet ſich auf das Verhältniß naher Verwandtſchaft, ohne alle Rückſicht auf väterliche Gewalt. Sie lag daher in Anſehung der Deſcendenten der Mutter nicht weniger ob, als dem Vater; ja auch Kinder waren ihr unterworfen in Hinſicht ihrer Aſcendenten; und unter gewiſſen Vorausſetzungen erſtreckte ſie ſich ſogar auf Geſchwiſter.

2. In der Lehre von der Inſtitution oder Exheredation der Kinder war die Forderung die: Gewiſſe Deſcendenten ſollen entweder inſtituirt, oder exheredirt werden. Daß ſie aber gerade inſtituirt werden müßten, daß überhaupt irgend etwas ihnen hinterlaſſen werden müſſe, davon war keine Rede. — Anders in der Lehre vom Pflichttheil. Hier ward poſitiv gefordert, daß gewiſſe Perſonen bedacht werden ſollten; es war ſogar ein Minimum beſtimmt, was ſie erhalten mußten. Dieſes Minimum iſt eben dasjenige, was man den Pflichttheil zu nennen pflegt. Das aber war gleichgültig, ob der Pflichttheil der dazu berechtigten Perſon durch Erbeseinſetzung gegeben wurde, oder auf andere Weiſe.

3. Die Lehre von der Inſtitution oder Exheredation der Kinder überließ die Exheredation derſelben ganz und gar der Willkür des Parens. — Der Pflichttheil dagegen durfte demjenigen, welcher im Allgemeinen Anſpruch darauf hatte, nicht anders entzogen werden, als wenn er ſich der Zuneigung des Teſtators unwürdig gemacht hatte.

4. Wenn der Parens den geſetzlichen Vorſchriften in Beziehung auf die Inſtitution oder Exheredation der Kinder nicht genügt hatte, ſo war das Teſtament an und für ſich ſelbſt unwirkſam, ohne daß es erſt einer Aufhebung durch den Richter bedurfte. — Dagegen machte der Umſtand, daß Jemanden in einem Teſtamente der ihm gebührende Pflichttheil nicht hinterlaſſen war, das Teſtament an und für ſich keineswegs ungültig; es konnte nur inſofern für ungültig angeſehen werden, als es,

auf erhobene Beſchwerde, von dem Richter reſcindirt wurte.

β. Lehre vom Pflichttheil ſelbſt. (§. §. 875—886.)

αα. Von dem Rechte auf einen Pflichttheil. (§. §. 875—878.)

§. 875.

a. Von den Perſonen, welche auf einen Pflichttheil Anſpruch machen können.

Ein Recht auf den Pflichttheil haben:

A. Diejenigen Deſcendenten des Teſtators oder der Teſtatrix, welche in Ermangelung eines Teſtamentes die Erbſchaft erhalten hätten [1]). Es gilt dies, inwieweit von dem Teſtamente eines Mannes gerade die Rede iſt, eben ſowohl von emancipirten Kindern, als von ſolchen, welche in des Teſtators Gewalt ſind [2]); desgleichen von **Postumi** nicht weniger, als von ſchon geborenen Kindern [3]); ferner, nicht bloß von leiblichen Kindern, ſondern auch von Adoptivkindern [4]).

Dies letztere jedoch leidet eine Ausnahme

1. bei denjenigen, welche von dem **Parens naturalis** einem **Extraneus in adoptionem** gegeben ſind, inwiefern nämlich von dem Nachlaß eben dieſes **Extranei** die Rede iſt [5]).

2. Bei einem ſolchen, welcher als **Impubes** arrogirt iſt; denn bei dieſem vertritt die **Quarta Divi Pii** die Stelle des Pflichttheils [6]).

B. Ferner gebührt ein Pflichttheil denjenigen Aſcendenten, welche **ab intestato** erben würden [7]).

C. Endlich haben Anſpruch auf einen Pflichttheil auch die **ab intestato** zur Erbſchaft berufenen Geſchwiſter [8]) — jedoch nur unter gewiſſen Modificationen. Nämlich:

1. Nach dem Rechte zur Zeit der claſſiſchen Juriſten, und

1) pr. et §. 1. I. h. t. L. 1. D. h. t.
2) L. 23. pr. D. h. t.
3) §. 2. I. h. t. L. 6. pr. D. h. t.
4) cit. §. 2. I. h. t.
5) L. 10. §. 1. C. d. adoptionib. VIII, 48. cit. §. 2. I. h. t.
6) L. 8. §. 15. D. h. t.
7) §. 1. I. h. t. L. 1. L. 15. pr. D. h. t.
8) §. 1. I. h. t. L. 1. D. h. t. L. 21. C. h. t.

überhaupt nach dem Rechte vor Conſtantin dem Großen, konnten alle Geſchwiſter einen Pflichttheil fordern, inwiefern ſie nur überhaupt zur Inteſtaterbfolge berufen waren. Aber durch eine Conſtitution von Conſtantin dem Großen [9]) wurden diejenigen, welche mit dem zu Beerbenden nur die Mutter gemein haben, alſo die Fratres et sorores uterini, ausgeſchloſſen.

2. Geſchwiſter haben nur inſofern ein Recht auf einen Pflichttheil, als die im Teſtamente inſtituirten Perſonen Personae turpes ſind [10]). Ob auch dies nun erſt durch Conſtantin eingeführt worden ſei, iſt unter den Neueren ſtreitig. Indeſſen ſcheinen doch Pandektenſtellen darauf hinzuweiſen, daß man ſchon zu des Ulpians und des Paulus Zeit auf die Qualität der eingeſetzten Erben Rückſicht nahm [11]).

Geſchwiſter ſind nun aber auch die einzigen Seitenverwandten, welche einen Pflichttheil in Anſpruch nehmen können. Alle übrigen Seitenverwandten ſind ausgeſchloſſen [12]).

§. 876.

b. Von der Größe des Pflichttheils.

Dabei ſind folgende beiden Fragen zu beantworten:

I. Wie iſt die Größe desjenigen Ganzen zu conſtituiren, wovon der Pflichttheil eine gewiſſe Quote ausmacht?

Zunächſt iſt hier zu bemerken, daß auf die Größe des Vermögens geſehen wird, wie es zur Todeszeit des zu Beerbenden iſt [1]).

Sodann: Iſt derjenige, um deſſen Pflichttheil es ſich han-

9) Nämlich L. 27. C. h. t. Vgl. zu derſelben die L. 1. Th. C. d. inofficioso test. II, 19. Nach dieſer Stelle ſollen auch Geſchwiſter durch den Vater nur agnatione durante Anſpruch auf einen Pflichttheil haben. Indeſſen bei der Aufnahme dieſer Stelle in den Juſtinianiſchen Codex hat man ſtatt »agnatione durante« geſetzt: »durante agnatione vel non.«

10) cit. §. 1. I. h. t. In der gleichfalls hieher gehörenden L. 27. C. h. t. heißt es: »si scripti heredes infamiae, vel turpitudinis, vel levis notae macula adspergantur.« (Vergl. L. 3. Th. C. eod. II, 19.) Auch Freigelaſſene werden in der angeführten Conſtitution genannt, was denn freilich für uns unpraktiſch iſt.

11) Vgl. L. 24. D. h. t. (Ulpianus.) L. 31. §. 1. D. eod. (Paulus.)

12) §. 1. I. h. t. verb. »Ultra fratres etc.« L. 1. D. h. t. verb. »Cognati enim etc.« L. 21. C. h. t.

1) L. 6. C. h. t.

delt, ab intestato alleiniger Erbe, ſo iſt das ganze Vermögen dasjenige, wovon der Pflichttheil eine gewiſſe Quote ausmacht. Außerdem muß auf alle diejenigen Perſonen Rückſicht genommen werden, welche ab intestato mit demjenigen, auf den es ankommt, concurriren würden; ſelbſt auf diejenigen, welche exheredirt, und zwar ſo exheredirt ſind, daß ſie ihrer Seits das Teſtament nicht anfechten können. Ulpian drückt das in der L. 8. §. 8. D. h. t. [2]) ſo aus: »Exheredatus partem facit.« Z. B. es hinterläßt Einer fünf Söhne: A. B. C. D. E. Den E. exheredirt er; die vier übrigen ſetzt er in ihrem Pflichttheil zu Erben ein. Hier wird bei Berechnung des Ganzen, wovon der Pflichttheil eine gewiſſe Quote iſt, der exheredirte E. mitgezählt werden müſſen; dieſes Ganze wird alſo nicht 1/4, ſondern nur 1/5 des Nachlaſſes betragen. Uebrigens wie der Exheredirte zu denen gehört, qui partem faciunt, ſo müſſen wir dahin auch denjenigen rechnen, der auf die Erbſchaft Verzicht leiſtet [3]).

II. Den wie vielſten Theil dieſes Ganzen beträgt dieſer Pflichttheil?

Nach dem Rechte zur Zeit der claſſiſchen Juriſten und auch noch zur Zeit der Inſtitutionen, der Digeſten und des Codex repetitae praelectionis betrug der Pflichttheil jederzeit den vierten Theil desjenigen, was Einer ab intestato erhalten hätte [4]).

In ſeinen Novellen hat Juſtinian indeſſen die Größe des Pflichttheils erhöht.

Nämlich nach der Nov. 18. c. 1. iſt die Regel dieſe:

Sind vier, oder weniger Inteſtaterben vorhanden, ſo beträgt der Pflichttheil 1/3; ſind der Inteſtaterben mehr, als vier, ſo beträgt er 1/2 desjenigen, was Einer ab intestato erhalten hätte [5]).

2) »Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur: utputa sumus duo filii exheredati. Et utique faciet, ut Papinianus respondit; et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere ....«

3) Vgl. Glück, VII. S. 135—138.

4) §. §. 3. 6. I. h. t. L. 8. §. §. 6. 8. 9. D. h. t. L. 36. §. 1. C. h. t.

5) Außer der angeführten Nov. 18. c. 1. gehört noch hieher Nov. 39. c. 1. pr.

Auch in dieſer Beziehung nun — alſo wenn es ſich darum handelt, zu beſtimmen, ob nach der Zahl der Erben der Pflichttheil 1/3 betrage, oder die Hälfte — auch in dieſer Beziehung wird der Exheredirte mitgerechnet. Dies drücken die Neueren ſo aus: »Exheredatus numerum facit.« In dem obigen Beiſpiele beträgt daher der Pflichttheil der Einzelnen eine Hälfte des Fünftheils, welches Jeder von ihnen ab intestato erhalten hätte. Und wie der Exheredatus numerum facit, ſo auch der, welcher Verzicht leiſtet.

Nun aber iſt noch eine beſonders wichtige Frage die: Wenn nach Stämmen ſuccedirt wird, wie ſoll man da rechnen? Soll man die Stämme, ſoll man die Perſonen zählen? Juſtinian hat hierüber ausdrücklich nichts beſtimmt. Daher es unter den Neueren über dieſen Gegenſtand verſchiedene Meinungen gibt. Die richtige Anſicht ſcheint dieſe zu ſein: Man legt für jeden Stamm, nach der Zahl der daraus zur Succeſſion kommenden Perſonen, eine beſondere Rechnung an; z. B.: Es hinterläßt Jemand einen Sohn A., und fünf Enkel durch einen ſchon verſtorbenen Sohn B. Hier ſetzen wir zwei Stämme A. und B. Ab intestato erhielten A. 1/2 — die fünf Enkel des B. zuſammengenommen die andere Hälfte; dieſe theilten ſie unter einander gleichmäßig, jeder erhielte alſo 1/5 dieſer Hälfte, mithin 1/10 der ganzen Erbſchaft.

Dies wären nun alſo die Ganzen, wovon der Pflichttheil eine Quote ſein ſoll; und da frägt es ſich nun: beträgt dieſer Pflichttheil 1/3, oder 1/2?

Aus dem Stamme A. kommt zur Inteſtaterbfolge nur Eine Perſon — alſo iſt der Pflichttheil = 1/3 der dem A. ab intestato gebührenden Hälfte, mithin 1/6 der ganzen Erbſchaft.

Aus dem Stamme B. kommen zur Inteſtaterbfolge fünf Perſonen, alſo iſt der Pflichttheil jeder einzelnen = 1/2 des auf ſie ab intestato fallenden Zehntheils — mithin = 1/20 der ganzen Erbſchaft.

Digitized by Google

§. 877.

c. Von der Art und Weiſe, wie der Pflichttheil hinterlaſſen werden muß.

Es iſt ganz gleichgültig, ob der Pflichttheil dem dazu Berechtigten vermittelſt der Erbeseinſetzung, oder vermittelſt eines Legates, oder Fideicommiſſes, oder vermittelſt einer Schenkung von Todeswegen hinterlaſſen wird [1]). Ja es wird auf den Pflichttheil ſogar Manches angerechnet, was Einer unter Lebendigen erhalten hat [2]). Dahin gehört bei einem Manne die von dem Verſtorbenen für ihn geleiſtete **Donatio propter nuptias**; bei einer Frau die **Dos**, welche ihr der Verſtorbene gegeben [3]). Eben dahin wird gerechnet der Gewinn von einer mit dem Gelde des Verſtorbenen erkauften **Militia** [4]). Endlich ſoll auch jede anderweitige Schenkung unter Lebendigen auf die Quart angerechnet werden, wenn ſie mit der Bedingung, daß dies geſchehe, gemacht worden [5]).

Aber wie auch immer der Pflichttheil hinterlaſſen werde, er darf weder unter einer Bedingung gegeben ſein, noch auch **ex die**. Iſt dieſes der Fall, ſo wird die hinzugefügte Bedingung oder Zeitbeſtimmung als nicht hinzugefügt betrachtet. Und eben ſo darf auch der Pflichttheil nicht mit Vermächtniſſen beſchwert werden; ſonſt werden dieſe, inwieweit ſie den Pflichttheil verkürzen, angeſehen, als wären ſie überall nicht angeordnet [6]).

Auf dieſe Regel bezieht ſich die ſ. g. **Cautela Socini.** Nämlich: Wer den Pflichttheil einer Beſchränkung zu unterwerfen beabſichtigt, kann, um ſeinen Zweck zu erreichen, den Ausweg einſchlagen, daß er dem Pflichttheilsberechtigten mehr als den Pflichttheil hinterläßt, und dabei zugleich verordnet, daß der Berechtigte, wenn er ſich der beabſichtigten Beſchränkung nicht ſollte unterwerfen wollen, nur eben ſeinen Pflichttheil erhalten ſolle,

1) §. 6. I. h. t. verb. »Igitur .... donata fuerit.« Nov. 18. c. 1. L. 8. §. 6. D. h. t.

2) cit. §. 6. I. h. t. verb. »vel inter vivos etc.«

3) L. 29. C. h. t. (Zeno.)

4) L. 30. §. 2. C. eod. (Justinianus.)

5) Nach L. 35. §. 2. C. eod. (Justinianus.)

6) L. 32. L. 36. pr. et §. 1. C. h. t. Nov. 18. c. 3.

und weiter nichts. Der Teſtator rechnet bei einer ſolchen Verfügung darauf, daß der Honorirte ſich lieber die Beſchränkung des Pflichttheils, als den Verluſt desjenigen, was ihm noch außer dem Pflichttheil ausgeſetzt iſt, werde gefallen laſſen. Die hierin enthaltene Cautel nun nennt man Cautela Socini. Der Name rührt her von einem Italieniſchen Rechsgelehrten des ſechszehnten Jahrhunderts, welcher Marianus Socinus hieß, und dem man, wiewohl nicht ganz mit Recht, die Erfindung dieſer Cautel zuſchreibt.

Z. B. Denken wir uns, Jemand hat nur Einen Sohn A. Nun errichtet er ein Teſtament, in welchem er dieſen Sohn zu 1/6, irgend einen Fremden aber B. zu 5/6 zum Erben einſetzt. — Dieſem Fremden legt er vermittelſt eines Legates die Verpflichtung auf, nach Ablauf von zehn Jahren ſeinem Sohne 4000 Rthl. zu zahlen. Dann aber fügt er hinzu: „Sollte mein Sohn die zehn Jahre nicht abwarten wollen, ſo ſoll B. ihm nur ſo viel zu zahlen verbunden ſein, als zur Ergänzung des Pflichttheils nothwendig ſein möchte.“ Hier haben wir die Cautela Socini.

Nun wollen wir annehmen, der Teſtator hinterläßt ein Vermögen von 12000. Dann beträgt das Sechstel des A. 2000, der Pflichttheil aber macht 1/3 von 12000 aus, alſo 4000. Mithin wird A. ſagen können: Von dem Legate gehören 2000 noch zu meinem Pflichttheil; der Pflichttheil aber darf an keine Zeitbeſtimmung gebunden werden, und deshalb verlange ich von dem B., daß er mir Legati nomine dieſe 2000 ſofort ausbezahle. A. kann dies ſagen, und wenn er es thut, ſo muß ihm gewillfahrt werden. Aber er verkennt alsdann ſeinen eignen Vortheil. Denn er bekommt nun zu dem, was die Erbeseinſetzung ihm bringt, weiter nichts, als nur eben jene 2000. Dagegen erhält er, wenn er ſich dem Willen des Teſtators fügt, wenn er die zehn Jahre abwartet, zu demjenigen, was er als Erbe hat, noch volle 4000, und dabei ſteht er ſich, auch wenn der mit dem Warten verbundene Zeitverluſt in Anſchlag gebracht wird, beſſer.

Nach dieſer Erörterung über die Cautela Socini habe ich

jetzt in Beziehung auf den Punkt, von welchem hier die Rede iſt, nur noch zweierlei zu bemerken:

1. Wir haben geſehen, es kann Jemanden der Pflichttheil ganz oder zum Theil in Vermächtniſſen hinterlaſſen werden. Und daher haben denn nun Vermächtniſſe, welche zur Erfüllung des Pflichttheils beſtimmt ſind, die Eigenſchaft, daß ſie der Quarta Falcidia nicht unterworfen ſind [7]).

2. Wenn Jemanden gewiſſe Sachen, die er erhalten, auf ſeinen Pflichttheil angerechnet worden ſind, und dieſe Sachen ihm in der Folge evincirt werden, ſo kann er auf Erſatz Anſpruch machen [8]).

§. 878.

b. Von den Vorausſetzungen, unter welchen das Recht auf einen Pflichttheil wegfällt.

Es gibt gewiſſe Arten von Teſtamenten, bei denen es überall nicht nöthig iſt, diejenigen, welche ein Recht auf den Pflichttheil haben, zu berückſichtigen. Dies iſt der Fall:

1. bei dem Teſtamente eines Soldaten, inwiefern dieſes errichtet iſt unter Umſtänden, unter denen dem Soldaten das Privilegium militare zu Statten kommt [1]).

2. bei Teſtamenten der Filiifamiliarum über ihr Peculium castrense oder quasi castrense; vorausgeſetzt, daß der Teſtator ſtirbt, während er ſich noch in väterlicher Gewalt befindet [2]).

3. bei Pupillarteſtamenten [3]).

So alſo gibt es Teſtamente, die überall gar nicht als inofficios angefochten werden können. Außerdem iſt es nun aber ferner eine allgemeine, bei allen und jeden Teſtamenten anwendbare Regel: Der Teſtator braucht demjenigen keinen Pflichttheil zu hinterlaſſen, welcher ſich ſeiner Zuneigung unwürdig gemacht hat. Was nun aber dazu gehöre, damit Jemand mit

7) cit. L. 36. pr. C. h. t.

8) cit. L. 36. pr. C. h. t.

1) L. 8. §. 4. L. 27. §. 2. D. h. t. L. 9. L. 24. L. 37. pr. C. h. t.

2) cit. L. 37. C. h. t.

3) L. 8. §. 5. D. h. t. Vergl. §. 845.

Recht für unwürdig geachtet werden könne, darüber finden ſich vor der Nov. 115. keine umfaſſende geſetzliche Beſtimmungen vor [4]). Die Entſcheidung der Frage über Würdigkeit oder Unwürdigkeit war in der früheren Zeit faſt ganz dem Arbitrium judicis überlaſſen. Und es iſt unrichtig, wenn Viele unter den Neueren behaupten, es ſei dies, zum Theil wenigſtens, durch die Nov. 22. c. 47. abgeändert worden; hier habe Juſtinian die Fälle genau beſtimmt, in welchen Geſchwiſter des Pflichttheils für unwürdig geachtet werden ſollten [5]).

Uebrigens iſt es nach dem Rechte der Zeit, von welcher hier die Rede iſt, durchaus nicht nöthig, daß der Teſtator die Thatſachen, welche ihn beſtimmen, Jemand den Pflichttheil zu entziehen, in ſeinem Teſtamente angebe.

ββ. Von den Rechtsmitteln in Anſehung des Pflichttheils. (§. §. 879—886.)

§. 879.

a. Im Allgemeinen.

Die Anſprüche in Anſehung des Pflichttheils können geltend gemacht werden im Wege der Klage, aber auch im Wege der Einrede.

Wegen der auf die Inofficioſität eines Teſtaments zu gründenden Einrede weiſe ich auf L. 8. §. 13. D. h. t. [1]).

Was aber anbetrifft den Weg der Klage, ſo gibt es der Klagen, durch welche Jemand ſeine Anſprüche auf einen Pflichttheil geltend machen kann, zwei: die Inofficiosi querela, oder wie ſie bei den Neueren gewöhnlich heißt: Querela inofficiosi testamenti; und die Klage auf Ergänzung des Pflichttheils, welche die Neueren Actio suppletoria zu nennen pflegen. Jene, die Inofficiosi querela, kommt ſchon in

4) Vergl. Nov. 115. c. 3 pr.

5) Siehe hierüber insbeſondere Hofacker, Principia jur. civ. §. 1691.

1) »Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis, scriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero in modum contradictionis querelam inducet, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret.«

dem früheren Rechte vor; dieſe, die ſ. g. Actio suppletoria hat erſt Juſtinian eingeführt. — Von jeder dieſer beiden Klagen ſoll jetzt beſonders gehandelt werden.

b. Insbeſondere: (§. 880 — 886.)

aa. Von der Inofficiosi querela. (§. 880 — 885.)

§. 880.

1. Allgemeine Natur derſelben.

1. Mehre unter den Neueren halten die Querela inofficiosi für eine eigene, von der Hereditatis petitio ganz und gar verſchiedene Klage; ſie behaupten namentlich, die Querel ſei ein bloß präparatoriſches Rechtsmittel — wodurch alſo für die Anſtellung der Hereditatis petitio nur der Weg gebahnt werde. Andere dagegen ſind der Meinung, die Querela inofficiosi testamenti ſei ſelbſt ſchon eine Hereditatis petitio, nämlich eine eigenthümlich qualificirte Hereditatis intestati petitio. Der Kläger begehrt, ab intestato zur Erbſchaft zugelaſſen zu werden, und zu dieſem Zwecke verlangt er, daß der Richter das Teſtament reſcindire. Und dieſe Anſicht hat das Meiſte für ſich [1].

2. Man mag die Klage aus dieſem oder jenem Geſichtspunkte anſehen, immer verlangt der Kläger Reſciſſion des Teſtaments. Dieſes Verlangen aber wird bei den Römern auf folgende Weiſe motivirt: Der Kläger ſtellte vor, der Teſtator könne unmöglich ſo lieblos geweſen ſein, mit gutem Vorbedacht ein für einen nahen Verwandten ſo nachtheiliges Teſtament zu errichten; es laſſe ſich das nur unter der Vorausſetzung erklären, daß der Teſtator bei Errichtung des Teſtaments nicht ſein volles Bewußtſein gehabt, daß er nicht sanae mentis geweſen ſei. Dies wenigſtens war die Farbe, welche der Kläger der Sache gab, obſchon es damit eigentlich nicht ernſtlich gemeint war; denn wäre der Teſtator in der That nicht sanae mentis geweſen, ſo würde es nicht erſt der Reſciſſion des Teſta-

1) Insbeſondere ſcheint dafür zu ſprechen L. 34. C. h. t. Auch werden dafür angeführt L. 20. pr. D. d. B. P. c. t. XXXVII, 4. L. 20. D. h. t. L. 3. C. d. petit. heredit. III, 31.

ments bedurft haben, ſondern dies würde ipso jure null und nichtig geweſen ſein [2]. Heutiges Tages pflegt man ſich bei Anſtellung der Inofficiosi querela dieſer Einkleidung nicht mehr zu bedienen.

3. Die Querela inofficiosi iſt ein ſubſidiäres Rechtsmittel, welches nur dann angewandt werden darf, wenn es an jedem andern Rechtsmittel fehlt. Ausdrücklich heißt es im §. 2. I. h. t. »qui alio jure veniunt ad totam hereditatem vel partem ejus, de inofficioso agere non possunt.« Und in der L. ult. C. de liberis praeteritis. VI, 28. nennt Juſtinian die Querela inofficiosi »ultimum adjutorium«; daher wird denn in den Quellen insbeſondere darauf aufmerkſam gemacht, daß derjenige, welcher Bonorum possessio contra tabulas hat, und alſo auf dieſem Wege zur Erbſchaft gelangen könne, die Querel nicht anſtelle [3]. Allerdings iſt dies nun aber mit der Modification zu verſtehen, daß die anderweitige Ungültigkeit und Anfechtbarkeit des Teſtaments außer Zweifel ſei [4].

§. 881.

2. Ueber die Perſon des Klägers.

Um die Klage mit Erfolg anſtellen zu können, muß der Kläger

erſtens des Verſtorbenen nächſter Inteſtaterbe ſein, oder, inwiefern der nächſten Inteſtaterben mehre ſind, wenigſtens mit zu ihnen gehören. Daß der Kläger jure civili gerade zur Inteſtaterbfolge berufen ſei, iſt nicht erforderlich; es reicht hin, daß er ab intestato Bonorum possessio erhalten könnte [1]. Zugleich muß nun aber der Kläger

zweitens im Allgemeinen Anſpruch auf einen Pflichttheil haben. Beides iſt keineswegs immer verbunden mit einander. Es gibt nie einen Pflichttheil, wo kein Recht der Inteſtaterb-

2) Wegen dieſes Color insaniae verweiſe ich auf L. 2. L. 5. D. h. t. pr. I. eod.

3) L. 23. pr. D. h. t.

4) Hieraus erklären ſich ein Paar Stellen, welche auf den erſten Blick mit dem eben Ausgeführten in Widerſpruch zu ſtehen ſcheinen, nämlich L. 8. §. 12. D. h. t. und L. 14. C. h. t. Vergl. Glück (Mühlenbruch), XXXV. S. 359. Note 37.

1) Vergl. L. 6. pr. D. h. t.

folge vorhanden iſt — wohl aber haben gar Viele ein Succeſſionsrecht ab intestato, ohne daß ſie einen Pflichttheil in Anſpruch nehmen können. Es kann ſogar ſein, daß Jemand kein Recht auf einen Pflichttheil hat, ungeachtet ein Anderer, der ab intestato mit ihm zugleich ſuccedirt, oder der ihm wohl gar in Hinſicht der Inteſtaterbfolge nachſteht, einen Pflichttheil zu fordern berechtigt iſt. So hatten ſchon nach dem Rechte des Juſtinianiſchen Codex Halbgeſchwiſter durch die Mutter mit Halbgeſchwiſtern durch den Vater ein gleiches Succeſſionsrecht ab intestato; und doch blieben die Halbgeſchwiſter durch die Mutter von dem Rechte auf einen Pflichttheil ausgeſchloſſen. Und ferner: Nach dem Rechte vor der Nov. 118. gingen die entfernteſten Agnaten in der Seitenlinie der Großmutter vor; und doch hatte dieſe, ſobald die Reihe der Inteſtaterbfolge an ſie kam, Anſpruch auf einen Pflichttheil, während jene entfernteren Agnaten kein Recht hatten, einen Pflichttheil zu fordern.

Drittens iſt nun aber nach Juſtinianiſchem Rechte ferner erforderlich, daß der Teſtator dem zum Pflichttheil Berechtigten überall gar nichts hinterlaſſen habe; denn wo Einer nicht ganz leer ausgegangen iſt, da fällt nach einer Juſtinianiſchen Verordnung die Querela inofficiosi weg, und es kann nur auf Ergänzung des Pflichttheils geklagt werden [2]).

Viertens: Der Kläger darf ſich nicht etwa der Zuneigung des Teſtators unwürdig gemacht haben, und zwar hat in der Regel der Kläger den Beweis zu führen, daß er ſich untadelig betragen, und dem Teſtator keine Veranlaſſung gegeben habe, ihm den Pflichttheil zu entziehen [3]). Es iſt Ausnahme von der Regel, wenn der Beklagte die Unwürdigkeit des Klägers beweiſen muß [4]).

Fünftens: Der Kläger darf der Querel nicht etwa entſagt haben. Indeſſen ſteht die Entſagung ihm doch nur dann

2) L. 30. pr. C. h. t. §. 3. I. h. t.

3) L. 3. L. 5. D. h. t. » .... docere, immerentem se, et ideo et indigne praeteritum, vel etiam exheredatione summotum, ... « L. 28. C. eod. So ſtellt auch die Sache dar Mühlenbruch, in ſeiner Fortſetzung des Commentars von Glück, XXXV. S. 342. Dagegen hat ſich erklärt Francke, das Recht der Notherben S. 292. folg.

4) Eine ſolche Ausnahme findet ſich in L. 34. C. h. t.

im Wege, wenn ſie nach des Teſtators Tode erfolgte. Hat er noch bei deſſen Lebzeiten auf die Querel verzichtet, ſo hindert ihn dies nicht, ſie dennoch anzuſtellen [5]). Die Entſagung kann eine ausdrückliche ſein [6]) — aber ſie kann auch ſtillſchweigend erfolgen. Hierher iſt zu rechnen:

1. Daß nach vorjuſtinianiſchem Rechte derjenige von der Querel ausgeſchloſſen wurde, welcher ein ihm im Teſtamente hinterlaſſenes Vermächtniß aus den Händen des Erben annahm, oder auch von dieſem nur einforderte; denn indem er das Vermächtniß anerkannte, erkannte er das Teſtament an: Er würde ſich ſelbſt widerſprochen haben, wenn er nun hinterdrein noch auf Reſciſſion des Teſtaments, und ſomit auch auf Reſciſſion des ihm hinterlaſſenen Legats hätte klagen wollen [7]). Das fällt nun aber weg ſeit jener unter „Drittens“ angeführten Conſtitution von Juſtinian. Denn, wem irgend etwas in dem Teſtamente des Verſtorbenen hinterlaſſen iſt, es ſei ſo wenig als es wolle, der kann ſchon um deswillen die **Inofficiosi querela** nicht anſtellen, ſondern nur die **Suppletoria actio**: dieſe anzuſtellen wird er aber dadurch nicht verhindert, daß er, was ihm hinterlaſſen iſt, annimmt [8]).

Dagegen gehört

2. auch noch nach Juſtinianiſchem Rechte hieher der Fall, wo Einer, der gar nichts erhalten hat, und der ſonach zur Querel berechtiget iſt, einem andern im Teſtamente Bedachten zur Erlangung des demſelben Hinterlaſſenen als Advocat oder Procurator behülflich iſt [9]). Anders, wenn Einer nicht freiwillig, ſondern von Amtswegen behülflich iſt, wie wenn er in der Eigenſchaft eines Tutors handelt [10]).

3. Wenn der in ſeinem Pflichttheil Verletzte dem im Teſtamente eingeſetzten Erben die Erbſchaft oder einzelne dazu gehörige Sachen abkauft, oder Grundſtücke, die zur Erbſchaft gehören, abpachtet, oder in Bezug auf dasjenige, was er dem Teſtator ſchuldig war, Zahlung leiſtet u. ſ. w., ſo iſt er anzuſe-

5) L. 35. §. 1. C. h. t.
6) L. 31. §. 4. D. h. t.
7) L. 10. §. 1. L. 12. pr. D. h. t.
8) Siehe L. 30. pr. L. 35. §. §. 2. 3. C. h. t.
9) L. 32. pr. D. h. t.
10) §. 4. I. h. t.

hen, als ein Solcher, der das Teſtament anerkannt hat, und deshalb iſt er von der Querel ausgeſchloſſen [11]).

Sechstens: Nur der Beeinträchtigte ſelbſt kann klagen, nicht deſſen Erbe, außer inwieweit jener die Anſtellung der Klage vorbereitet hat. Der Begriff der Vorbereitung wird hier aber in einer ſo weiten Ausdehnung genommen, daß ſchon das als Vorbereitung gilt, wenn der Beeinträchtigte auch nur zu erkennen gegeben hat, daß er die Anſtellung der Klage beabſichtigt [12]).

Eine Ausnahme von der aufgeſtellten Regel findet bei Kindern des Verſtorbenen Statt. Wenn dieſe ſterben zu einer Zeit, da der eingeſetzte Erbe noch deliberirt, ſo transmittiren ſie die Querel, wenn ſchon ohne alle Vorbereitung, auf die ſie beerbenden Deſcendenten, nicht auf Heredes extraneos [13]). Vergl. §. 147. 1. 6.

Dies ſind im Allgemeinen die Erforderniſſe, welche nothwendig ſind in der Perſon des Klägers. Was indeſſen das erſte Erforderniß anbetrifft, daß nämlich der Kläger nächſter Inteſtaterbe ſein müſſe, ſo iſt dieſes gewiſſen Modificationen ausgeſetzt, worüber jetzt noch insbeſondere Auskunft zu geben iſt. Nämlich:

Setzen wir, daß diejenigen, welche zur Todeszeit des Teſtators deſſen nächſte Inteſtaterben ſind, zu denjenigen Perſonen gehören, die im Allgemeinen einen Pflichttheil fordern können; daß ſie leer ausgegangen ſind, daß ſie aber insgeſammt von ihrem Rechte, die Querel anzuſtellen, keinen Gebrauch machen wollen, oder daß ſie die Querel zwar anſtellen, damit aber abgewieſen werden — ſei es nun mit Unrecht, oder weil es ſich zeigt, daß ſie ſich der Zuneigung des Teſtators unwürdig gemacht haben. In dieſem Falle ſieht man in Hinſicht der Querel die Sache gerade ſo an, als fände Successio ab intestato Statt, jene nächſten Inteſtaterben aber wären ausgefallen, und hätten dadurch den unmittelbar nach ihnen Berufenen Platz gemacht. Sind nun dieſe gleichfalls ſolche Perſonen, welche im Allgemeinen auf einen Pflichttheil Anſpruch haben; ſo iſt es jetzt ihnen verſtattet, die Inofficiosi querela anzuſtel-

11) L. 23. §. 1. D. h. t. L. 5. C. h. t.
12) L. 6. §. 2. L. 7. D. h. t. 13) L. 34. L. 36. §. 2. C. h. t.

len: gehören ſie Alle in die Reihe der zum Pflichttheil Berechtigten, ſo werden ſie Alle klagen können; iſt dies der Fall nur mit dem Einen oder dem Andern, ſo wird wenigſtens dieſer die Querel anſtellen können.

Dagegen: Denken wir uns, unter denen, welche nach der Ordnung der Inteſtaterbfolge auf die zunächſt Berufenen unmittelbar folgen, iſt Keiner, der in die Zahl der zum Pflichttheile Berechtigten gehört; es ſind aber Entferntere da, die, wenn die Reihe der Inteſtaterbfolge an ihnen wäre, einen Pflichttheil würden fordern können: Dieſe können die Querel nicht anſtellen.

Es gibt dieſemnach eine eigenthümliche Succeſſion in die Inofficiosi querela [14]).

§. 882.

3. Ueber die Perſon des Beklagten.

Die Klage wird zunächſt gegen den im Teſtamente eingeſetzten Erben gerichtet, inwiefern dieſer wirklich Erbe geworden iſt; und daher kann ſie, wenn der eingeſetzte Erbe ein Extraneus iſt, nicht eher, als nach angetretener Erbſchaft angeſtellt werden [1]).

Aber nicht nur gegen den eingeſetzten Erben ſelbſt, ſondern auch gegen denjenigen, welcher ſpäterhin in deſſen Stelle getreten iſt, kann die Klage angeſtellt werden, alſo gegen den Erben des Erben, dieſer ſei wer er wolle [2]); desgleichen gegen denjenigen, an welchen der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft auf den Grund eines univerſellen Fideicommiſſes herausgegeben hat [3]).

Uebrigens, wie man ſich der Querel gegen jeden andern Erben bedienen kann, ſo auch gegen denjenigen, der ſelbſt in der Lage iſt, daß ihm ein Pflichttheil gebührt [4]). Nämlich auch gegen einen Solchen kann geklagt werden, inwieweit ſeine Erbeseinſetzung den Anſprüchen des zur Querel Berechtigten im Wege ſteht; wie z. B., wenn er zum Univerſalerben eingeſetzt iſt.

14) L. 31. pr. D. h. t. (Paulus.) ». . . Si is, qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur? videndum est. Et placuit, posse, ut fiat successioni locus.« Ein Beiſpiel ſiehe L. 14. D. h. t. (Papinianus.)

1) L. 8. § 10. D. h. t.

2) L. 10. C. h t.

3) L. 1. C. h. t.

4) L. 31. §. 1. D. h. t.

Bei der Querel der Geſchwiſter iſt etwas Eigenthümliches dieſes: Sie kann nicht gegen jeden im Teſtament eingeſetzten Erben angeſtellt werden, ſondern nur gegen die darin inſtituirten **Personas turpes** [5]).

§. 883.

4. Ueber die Wirkungen der Klage.

Der Zweck der Klage geht dahin: der Kläger will **ab intestato** zur Erbſchaft zugelaſſen werden. Zu dieſem Zwecke muß das Teſtament reſcindirt werden, und zwar iſt die Regel: Es wird reſcindirt nicht bloß in Anſehung der Erbeseinſetzung, ſondern auch in Anſehung der übrigen darin enthaltenen Dispoſitionen [1]). Indeſſen geſchieht dies nun doch nur in dem Umfange, in welchem es nöthig iſt, um dem Kläger zu ſeinem Zwecke zu verhelfen.

Wenn daher der Kläger behauptet, alleiniger Inteſtaterbe zu ſein, und der Richter dieſe Behauptung als gegründet anerkennt, ſo wird allerdings das ganze Teſtament reſcindirt, dergeſtalt, daß es nun gar keine Wirkung weiter hat, und der eingeſetzte Erbe, gegen die ſonſtige Regel, ungeachtet er einmal Erbe geworden iſt, hinterdrein Erbe zu ſein aufhört [2]). Wenn dagegen der Kläger nur einen Theil des Ganzen in Anſpruch nimmt, indem er **ab intestato** nur **pro parte** Erbe zu ſein behauptet, ſo wird das Teſtament auch nur inſoweit reſcindirt, als dieſer Anſpruch es nothwendig mit ſich bringt. Setzen wir daher, der Kläger würde **ab intestato** nur die Hälfte der Erbſchaft erhalten haben, ſo wird das Teſtament auch nur zur

5) L. 27. C. h. t. Siehe oben §. 875.

1) L. 8. §. 16. D. h. t. »Si ex causa de inofficioso cognoverit judex, et pronuntiaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum, ipso jure rescissum est, et suus heres erit, secundum quem judicatum est, et bonorum possessor, si hoc se contendat; et libertates ipso jure non valent, nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo, qui solvit, aut ab eo, qui obtinuit, et haec utili actione repetuntur. Fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui obtinuit, repetet, et ita divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt.« Vgl. L. 17. §. 1. D. eod. »Cum contra testamentum ut inofficiosum judicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur....« L. 28. D. eod.

2) Vergl. L. 21. §. 2. D. h. t.

Hälfte reſcindirt; der eingeſetzte Erbe geht nicht leer aus, er bekommt nur nicht das Ganze, ſondern ſtatt deſſen eine bloße Halbſchied, und eben ſo werden die im Teſtamente angeordneten Vermächtniſſe auf die Hälfte reducirt. Dies hat denn die Folge, daß jetzt der Verſtorbene, gegen die ſonſt beſtehende Regel, angeſehen werden muß als ein Solcher, welcher pro parte testatus und pro parte intestatus geſtorben iſt [3]).

Dies ſind die allgemeinen Grundſätze über die Wirkungen der Querel. Im Einzelnen bemerke ich noch Folgendes:

1. Wird gegen den Beklagten in contumaciam erkannt, alſo, wird gegen ihn erkannt, ohne daß er ſich, obſchon aufgefordert dazu, auf die Klage eingelaſſen hätte, ſo werden die Legate aufrecht erhalten, wenn gleich der Kläger die ganze Erbſchaft mag in Anſpruch genommen haben [4]).

2. Wird das Teſtament nur pro parte reſcindirt, ſo bleibt das etwa vorhandene Pupillar-Teſtament bei Kräften. S. §. 846.

3. Bei der den Geſchwiſtern zuſtehenden Querel hängt der Umfang der Reſciſſion nicht bloß davon ab, wie viel ab intestato dem Kläger gebühre, ſondern es iſt hier zugleich Rückſicht zu nehmen auf die Qualität der eingeſetzten Erben. Sind dieſe insgeſammt Personae turpes, ſo kann freilich, falls der Kläger ab intestato alleiniger Erbe wäre, das ganze Teſtament reſcindirt werden. Sind dagegen die eingeſetzten Erben nur zum Theil Personae turpes, ſo kann die Reſciſſion des Teſtaments nie weiter reichen, als die Inſtitution dieſer Personae turpes reicht; denn gegen die im Teſtamente inſtituirten Personae honestae haben die Geſchwiſter überall gar keine Klage. Angenommen daher, der Verſtorbene hat zur Hälfte eine Persona honesta, zur Hälfte dagegen eine Persona turpis inſtituirt; wenn hier nun auch der Kläger ab intestato die ganze Erbſchaft in Anſpruch nehmen könnte, ſo wird das Teſtament dennoch nur in Beziehung auf die Hälfte reſcindirt, in welcher die Persona

3) L. 19. D. h. t. Vergl. über dieſe Stelle Glück, VII. S. 425. folg.

4) cit. L. 17. §. 1. L. 18. D. h. t.

turpis inſtituirt iſt, in Hinſicht der andern Hälfte bleibt es wirkſam.[5])

4. Eine bloß partielle Reſciſſion des Teſtaments kann gelegentlich factiſch auch da vorkommen, wo de jure das ganze Teſtament hätte reſcindirt werden müſſen. Derjenige z. B., welcher klagt, kann es mit mehren Erben zu thun haben; und da kann es geſchehen, daß er ſeine Klage gegen die Einen durchſetzt, während er den Prozeß gegen die Andern, wenn ſchon mit Unrecht, verliert[6]).

5. Wir haben früher geſehen, daß es bei der Querela inofficiosi eine eigene Succeſſion gibt. Aber es kommt dabei nun auch ein Jus accrescendi vor. Nämlich ſetzen wir — es ſind Mehre vorhanden, welche ab intestato neben einander zur Succeſſion gelangt ſein würden, und denen nun insgeſammt auch das Recht der Querel zuſteht; wenn hier Einer der Querel entſagt, oder ſie rechtzeitig anzuſtellen verſäumt, ſo können nun die Uebrigen davon Vortheil ziehen; ſie können auf den Theil der Erbſchaft mit Anſpruch machen, welchen außerdem Jener davon getragen hätte. Z. B. es hat Jemand zwei Söhne hinterlaſſen, beide zur Querel berechtigt. Wenn hier der Eine auf die Querel Verzicht leiſtet, ſo wird der Andere nun, Jure accrescendi, mit der Querel die ganze Erbſchaft in Anſpruch nehmen können[7]).

6. Eine beſonders wichtige Frage iſt, wie es in dem Falle gehalten werde, da das Teſtament durch ein richterliches Erkenntniß reſcindirt iſt, ohne daß, nach der wahren Beſchaffenheit der in Betracht zu ziehenden Verhältniſſe, der Klagende ein Recht hatte, Reſciſſion zu verlangen, oder wenigſtens, ohne daß er berechtigt war, die Reſciſſion in dieſem Umfange zu fordern? Hierüber findet ſich Folgendes in den Quellen:

1. Wenn der Kläger überall nicht zu denen gehörte, welchen ab intestato die Erbſchaft zugefallen ſein würde, und wenn

5) Hierauf ſcheint zu gehen L. 24. D. h. t.

6) Siehe L. 15. §. 2. D. h. t. L. 13. C. h. t.

7) L. 17. pr. L. 23. §. 2. D. h. t. Vergl. Francke, das Recht der Notherben. S. 270. folg. Glück (Mühlenbruch), XXXV. S. 399. folg.

er deshalb zur Querel überhaupt gar nicht berechtigt war, ſo bleibt es nun zwar bei der einmal rechtskräftig verfügten Reſciſſion des Teſtaments; aber ſie kommt nicht dem Kläger zu Statten, ſondern den wahren Inteſtaterben [8]).

2. Wenn der Kläger zur Querel an und für ſich zwar berechtigt war, nicht aber dazu, die Reſciſſion des Teſtaments in dem Umfange zu fordern, in welchem der Richter dieſelbe verfügt hat, ſo verſchafft die Reſciſſion **in effectu** ihm doch nicht mehr, als was ihm in der That **ab intestato** gebührt: das Uebrige kommt den anderweitigen Inteſtaterben zu Gute [9]).

§. 884.

5. Ueber die Dauer der Klage.

Binnen welcher Zeit muß die Querel angeſtellt werden? Die Antwort iſt — innerhalb eines Zeitraums von f ü n f Jahren.

Dieſes **Quinquennium** fängt zu laufen an mit dem Zeitpunkte, da Jemanden die Querel deferirt iſt, — alſo bei demjenigen, welchem ſie unmittelbar zuſteht, mit dem Augenblicke der dem Teſtamentserben erworbenen Erbſchaft; bei denen aber, welche durch Succeſſion dazu gelangen, mit dem Eintritt desjenigen Ereigniſſes, wodurch die Succeſſion herbeigeführt wird [1]).

Zugleich finden ſich Beſtimmungen über die Friſt, innerhalb deren der eingeſetzte Erbe gezwungen werden kann, ſich zu erklären. Dieſe Friſt beträgt ſ e c h s Monate, wenn der Erbe ſich in derſelben Provinz, E i n Jahr; wenn er ſich in einer andern Provinz befindet [2]).

Hat der zur Querel Berechtigte das Teſtament zuerſt als nichtig angefochten, und hat er dieſen Prozeß verloren, ſo gereicht es ihm für die Querel nicht zum Nachtheil, wenn auch darüber das geſetzliche **Quinquennium** verſtrichen ſein ſollte [3]).

8) L. 6. §. 1. D. h. t.

9) cit. L. 19. D. h. t. Siehe über dieſe Stelle F r a n c k e a. a. O. S. 259. folg. G l ü c k (M ü h l e n b r u c h), XXXV. S. 427. folg.

1) L. 8. §. ult. L. 9. D. h. t. L. 34. i. f. L. 36. §. 2. C. h. t.

2) cit. L. 36. §. 2. C. h. t.

3) L. 16. C. h. t.

§. 885.

6. Ueber die Folgen des verlornen Prozeſſes.

Die Regel des vorjuſtinianiſchen Rechts iſt dieſe: Derjenige, welcher ein Teſtament mit der Querel in eigenem Namen anficht, oder einem Andern, welcher dies thut, Beiſtand leiſtet, der büßt, wenn das Urtheil zu Gunſten des Beklagten ausfällt, alles dasjenige ein, was der Teſtator ihm im Teſtamente hinterlaſſen hat: Das Hinterlaſſene wird ihm als einem Unwürdigen von dem Fiscus entriſſen [1]).

Dieſe Regel findet jedoch keine Anwendung:

1. Wenn gegen den Kläger in contumaciam erkannt iſt [2]).

2. Wenn Jemand einem Andern von Amtswegen Beiſtand geleiſtet hat. So bei dem Vormunde [3]).

3. Auch derjenige verliert das ihm Hinterlaſſene nicht, der, als Succeſſor, den von einem Andern angefangenen Prozeß fortgeſetzt hat [4]).

Es fragt ſich nun aber, inwieweit die bezeichnete Strafe auch nach Juſtinianiſchem Rechte noch zur Anwendung kommen kann?

Daß ſie denjenigen treffen muß, der bei der Querel einem Andern behülflich iſt, kann nicht bezweifelt werden. Setzen wir aber, derjenige, welchem irgend etwas im Teſtamente hinterlaſſen iſt, will in ſeinem eigenen Namen klagen, ſo iſt zu erwägen: Nach der L. 30. C. h. t. ſoll derjenige, welcher nicht ganz leer ausgegangen iſt, überall zur Inofficiosi querela nicht zugelaſſen werden; er ſoll ſich damit begnügen, auf Ergänzung des Pflichttheils zu klagen. Stellt er daher dennoch die Querel an, ſo iſt er mit dieſer ohne Weiteres ex officio abzuweiſen: und indem dadurch der ganze Prozeß abgeſchnitten wird, ſo kann auch unſere Strafe keine Anwendung finden. Aber freilich, iſt der Umſtand, daß dem Kläger wenigſtens etwas hinterlaſſen ſei, nicht gleich von Anfang an im Klaren, ſo kann es zum

1) L. 8. §. 14. D. h. t. L. 5. §. 11. D. d. his, quae ut indignis. XXXIV, 9.

2) cit. L. 8. §. 14. D. h. t.

3) L. 30. §. 1. D. h. t. §. 5. I. h. t. L. 22. D. d. his, quae ut indignis. XXXIV, 9.

4) L. 22. §. §. 2. 3. D. h. t.

Prozeſſe kommen, und dann die Strafe, von der hier die Rede iſt, eintreten.

§. 886.

bb. Von der Klage auf Ergänzung des Pflichttheils.

Durch die L. 30. C. h. t. v. J. 528. hat Juſtinian eine neue Klage wegen Inofficioſität eingeführt: Nämlich, wenn Einer nicht ganz leer ausgegangen iſt, ſondern nur nicht ſeinen vollen Pflichttheil erhalten hat, ſo ſoll er die Inofficiosi querela nicht anſtellen können, ſondern er ſoll nur von dem eingeſetzten Erben Ergänzung des Pflichttheils fordern dürfen. Dieſe Klage auf Ergänzung iſt es, welche die neueren Juriſten Actio suppletoria zu nennen pflegen [1]).

Hieraus ergibt ſich auch, wer zur Anſtellung der Klage befugt iſt. Die Klage wird angeſtellt von demjenigen, welcher, wenn ihm nichts hinterlaſſen wäre, die Inofficiosi querela würde haben anſtellen können.

Sie geht gegen den eingeſetzten Erben, welcher möglicher Weiſe Miterbe des Klägers ſein kann, inwieweit derſelbe entweder gar kein Recht der Inteſtaterbfolge hat, oder über ſeinen ihm ab intestato gebührenden Antheil eingeſetzt iſt [2]).

Der Zweck iſt: Ergänzung des Pflichttheils. Hat der Teſtator in ſeinem Teſtamente den Kläger als einen Ingratum bezeichnet, ſo kann der Kläger ſeinen Zweck nur erreichen, inwiefern es ſich zeigt, daß jene Beſchuldigung ungegründet war. Hat aber der Teſtator ſich nicht auf die bezeichnete Weiſe geäußert, ſo ſoll der eingeſetzte Erbe gar nicht einmal befugt ſein, die Frage zur Sprache zu bringen, ob der Kläger ſich der Zuneigung des Verſtorbenen unwürdig gemacht habe, oder nicht.

Aus dem Geſagten ergibt ſich, daß der Zweck der Suppletoria actio von dem der Querel weſentlich verſchieden iſt: Er geht nicht auf Reſciſſion des Teſtaments, und daher ward denn auch die Klage ſelbſt bei den Römern keineswegs durch jenen Color insaniae motivirt, deſſen ich im §. 880. in Bezug auf

1) Vergl. L. 31. C. h. t. §. 3. l. h. t.

2) Vergl. Francke, das Recht der Notherben ꝛc. S. 334.

die Querel erwähnt habe. Gerade hierauf aber, nämlich auf der Reſciſſion des Teſtaments und auf dem Color insaniae, beruhen manche bei der Querel eintretende Beſchränkungen. Dieſe fallen mit ihrem Grunde bei der Suppletoria actio weg. Daher kann denn

1. der Erbe des zunächſt Beeinträchtigten die Actio suppletoria anſtellen, auch wenn ſie von dieſem nicht vorbereitet iſt [3]).

2. Die Actio suppletoria währt dreißig Jahre; ſie iſt nicht auf fünf Jahre beſchränkt. Einige zwar wollen eine ſolche Beſchränkung ableiten aus den Schlußworten der L. 34. C. h. t., aber mit Unrecht [4]).

3. Der verlorne Prozeß macht denjenigen, der ihn verloren hat, des ihm Hinterlaſſenen nicht unwürdig.

c. Recht ſeit der Novelle 115. (§. §. 887 — 892)

α. In Beziehung auf Deſcendenten und Aſcendenten. (§. §. 887 — 891.)

§. 887.

αα. Verhältniß der Lehre vom Pflichttheil zu der Lehre von der Nothwendigkeit der Inſtitution oder der förmlichen Ausſchließung von der Erbſchaft.

Was zuerſt das Verhältniß betrifft der Lehre vom Pflichttheil zu der Lehre von der Nothwendigkeit der Inſtitution oder förmlichen Ausſchließung von der Erbſchaft, ſo ſind beide Lehren durch die in dem dritten und vierten Kapitel der Nov. 115. enthaltenen Beſtimmungen einander um ſehr Vieles näher gerückt.

Auch die Nothwendigkeit der Inſtitution oder förmlichen Ausſchließung von der Erbfolge iſt nicht mehr an die Vorausſetzung der väterlichen Gewalt gebunden; auch ſie ſetzt weiter nichts voraus, als Verwandtſchaft, und ein daran geknüpftes

3) Siehe Glück, VII. S. 147.

4) Ausführlich handelt hierüber Glück a. a. O. S. 147. folg.

Recht der Inteſtaterbfolge. Und ferner: der Ausſchluß von der Erbfolge iſt jetzt auch keine Sache mehr der bloßen Willkür.

ββ. Lehre vom Pflichttheil ſelbſt. (§. §. 888—891.)

§. 888.

α. Von dem Rechte auf einen Pflichttheil.

Was nun ferner betrifft die Theorie des Pflichttheils an und für ſich, und zwar zunächſt das Recht auf einen Pflichttheil, ſo iſt darüber Folgendes zu bemerken:

1. Juſtinian ſagt in der Nov. 115.: Deſcendenten und Aſcendenten ſollen von der Erbfolge nur dann ausgeſchloſſen werden dürfen, wenn ſie ſich der Zuneigung des Teſtators unwürdig gemacht haben. Für unwürdig indeſſen ſollen ſie nur aus den in der Novelle beſtimmten Gründen gelten. — Wenn nun aber alle Unwürdigkeit auf dieſe in der Novelle bezeichneten Gründe beſchränkt iſt, ſo folgt, daß Kinder und Aeltern, wo keiner dieſer Gründe vorhanden iſt, auch nicht von dem Pflichttheil ausgeſchloſſen werden können. Mithin gibt es nunmehr für die Ausſchließung von dem Pflichttheil feſt beſtimmte Gründe — dieſelben, welche wir in Beziehung auf die Ausſchließung von der Erbfolge in den §. §. 862. und 864. haben kennen gelernt.

2. Diejenigen Deſcendenten und Aſcendenten, welche einen Pflichttheil zu fordern berechtigt ſind, ſind dieſelben, welche verlangen können, zu Erben eingeſetzt zu werden. Hieraus folgt: Der Teſtator iſt genöthigt, ſeinen Deſcendenten oder Aſcendenten einen Theil wenigſtens des ihnen gebührenden Pflichttheils dadurch gerade zuzuwenden, daß er ſie zu Erben ernennt.

3. Nicht durch die Nov. 115., wohl aber ſeit derſelben, nämlich durch die ſpätere Nov. 118., iſt für den Fall, da ab intestato bloß entferntere, väterliche ſowohl, als mütterliche Aſcendenten zur Erbfolge gelangen, die Theilung nach Linien eingeführt, eine Art der Theilung, welche dem früheren Rechte ganz und gar fremd war. Und da fragt es ſich denn, wie hier zu rechnen ſei, wenn es darauf ankommt, anzugeben, ob der Pflichttheil ein Drittel, oder eine Hälfte ausmache? Nach

der Analogie desjenigen, was wir bei der Erbfolge nach Stämmen angenommen haben, werden wir auch hier ſagen müſſen: Die Rechnung iſt für jede Linie beſonders anzulegen; alſo, in jeder Linie müſſen die Perſonen beſonders gezählt werden [1]. So lange jedoch die Succeſſion nicht an die Urgroßältern kommt, wird die Zahl der Perſonen in Einer Linie nie über vier ſteigen; und daher wird der Fall, daß der Pflichttheil die Hälfte betrüge, in der Wirklichkeit ſchwerlich je vorkommen.

b. Von den Rechtsmitteln in Anſehung des Pflichttheils. (§. §. 889 — 891.)

aa. Von der Inofficiosi querela. (§. §. 889. 890.)

§. 889.

1. Nach der richtig ſcheinenden Anſicht.

Meiner Anſicht nach fällt ſeit der Nov. 115. die Querela inofficiosi testamenti für Deſcendenten und Aſcendenten ganz und gar weg.

I. Setzen wir zuerſt, der zum Pflichttheil Berechtigte iſt inſtituirt, dann kann, wie wenig auch der Teſtator ihm angewieſen haben mag, ſchon deshalb allein von der Querel keine Rede ſein, weil dieſe nach Juſtinianiſchem Rechte überhaupt nur dann Statt findet, wenn Einer gar nichts erhalten hat.

II. Setzen wir nun aber zweitens, der zum Pflichttheil Berechtigte iſt nicht inſtituirt:

a. Iſt dies geſchehen unter ausdrücklicher Hinzufügung einer geſetzlich anerkannten, und in facto gegründeten Urſache — ſo iſt kein Grund zur Beſchwerde vorhanden. Der nicht Inſtituirte iſt alsdann der Zuneigung des Teſtators unwürdig, und das Teſtament kann nicht inofficios genannt werden.

b. Iſt aber entweder eine Urſache gar nicht angegeben, oder iſt eine ſolche angeführt, welche die Novelle nicht für zulänglich achtet, oder endlich, iſt die angeführte Urſache in facto unrichtig — ſo iſt in allen dieſen Fällen das Teſtament ſchon ipso jure nichtig, ſchon ipso jure tritt Inteſtaterbfolge ein; und es be-

1) Siehe Glück, VII. S. 52. folg.

darf, dieſes zu bewirken, nicht erſt der bloß ſubſidiären Querela inofficiosi.

§. 890.

2. Nach abweichenden Anſichten.

Was die Meinung Anderer betrifft, ſo erinnere ich an jene drei Syſteme, deren ich in dem §. 865. erwähnt habe. Dieſe drei Syſteme waren das reine Nullitätsſyſtem, das reine Inofficioſitätsſyſtem, und das gemiſchte Syſtem.

A. Die Vertheidiger des reinen Nullitätsſyſtems ſtimmen mit der eben aufgeſtellten Anſicht vollkommen überein.

B. Die Vertheidiger des reinen Inofficioſitätsſyſtems dagegen ſind der Meinung: Ueberall, wo zwar den Beſtimmungen des älteren Rechts über Inſtitution und Exheredation Genüge geſchehen, aber gegen die Beſtimmungen der Nov. 115. gefehlt iſt, müßten Deſcendenten und Aſcendenten das Teſtament mit der Inofficiosi querela anfechten; ſie hätten nur dieſe, keine andere Klage. Allerdings aber, ſagen ſie, iſt die Querela inofficiosi testamenti, welche die Deſcendenten und Aſcendenten nach der Nov. 115. haben, eine andere, als die Querela inofficiosi des älteren Rechts. Sie unterſcheidet ſich von dieſer

Erſtens: ihrer Vorausſetzung nach — denn, wie unwürdig auch immer der von der Erbfolge Ausgeſchloſſene ſein mag, iſt der Grund der Unwürdigkeit in dem Teſtamente nicht angegeben, ſo iſt dieſes ſchon darum allein inofficios; es kann ſchon bloß deswegen mit der Inofficiosi querela angefochten werden [1]).

Dies nun aber, daß das Teſtament inofficios ſei und anfechtbar durch die Inofficiosi querela, müſſen die Vertheidiger des hier in Rede ſtehenden Syſtems, wenn ſie anders conſequent ſein wollen, ſelbſt in dem Falle behaupten, wo einem Aſcendenten oder Deſcendenten der volle Pflichttheil hinterlaſſen iſt, und der Teſtator nur darin gefehlt hat, daß er die Vorſchriften der Nov. 115. in Anſehung der Erbeseinſetzung oder der Ausſchlie-

1) Siehe Stück, VII. S. 400.

ßung von der Erbfolge nicht beobachtet hat. Setzen wir z. B.: Ein Sohn hinterläßt ſeiner Mutter im Vermächtniſſe den vollen Pflichttheil; aber er ſetzt die Mutter nicht zur Erbin ein, und gibt auch keinen geſetzlich anerkannten Grund der Ausſchließung von der Erbfolge an. Auch hier müſſen conſequenter Weiſe die Vertheidiger des reinen Inofficioſitätsſyſtems ſagen: Das Teſtament iſt inofficios, und kann von der Mutter mit der Querela inofficiosi angefochten werden. Hierin zeigt ſich indeſſen recht augenſcheinlich die Unrichtigkeit dieſer Theorie. Denn gewiß iſt nichts dem Begriffe der Inofficioſität mehr entgegen, als dieſes. Und überdies iſt gar kein Grund vorhanden, jene frühere Verordnung Juſtinian's, der zu Folge die Querela inofficiosi niemals Statt finden ſoll, wo der zum Pflichttheil Berechtigte nicht ganz leer ausgegangen iſt, durch die Nov. 115. für aufgehoben zu halten.

Zweitens unterſcheidet ſich die neue Querel von der älteren auch in Anſehung der Beweisführung: Der Kläger hat nicht nöthig zu beweiſen, daß er der Zuneigung des Teſtators würdig geweſen; ſondern es liegt vielmehr dem eingeſetzten Erben, dem Beklagten, ob, die Unwürdigkeit des Klägers darzuthun, indem er die Wahrheit der im Teſtamente angegebenen Urſache der Unwürdigkeit zu beweiſen hat [2]).

Drittens endlich unterſcheidet ſich die neue Querel von der älteren ihrer Wirkung nach, indem das Teſtament immer nur in Beziehung auf die Erbeseinſetzung reſcindirt wird [3]).

Wegen der hier bezeichneten Unterſchiede wird die Inofficiosi querela, welche den Deſcendenten und Aſcendenten nach der Nov. 115. zuſtehen ſoll, Querela inofficiosi juris novi genannt — wogegen die Querela inofficiosi, wie ſie im älteren Rechte vorkommt, Querela inofficiosi juris veteris genannt zu werden pflegt. Man unterſcheidet alſo in Hinſicht der Inofficiosi querela auf eine ähnliche Weiſe, wie wir im §. 865. geſehen haben, daß neuere Juriſten einen Unterſchied machen

2) Glück a. a. O. S. 401.

3) Glück a. a. O. S. 451 — 453. 457.

zwiſchen Querela nullitatis juris veteris und juris novi.

Uebrigens zeigt ſich der praktiſche Unterſchied zwiſchen der eben dargeſtellten Anſicht, und derjenigen, nach welcher ein den Beſtimmungen der Nov. 115. widerſtreitendes Teſtament ipso jure null und nichtig iſt, darin:

1. Die Inofficiosi querela ſteht eben nur gewiſſen Perſonen zu. Die dem Teſtator zur Laſt fallende Vernachläſſigung der geſetzlichen Verpflichtung kann alſo nicht von Jedem geltend gemacht werden. Anders nach dem reinen Nullitätsſyſtem — wenigſtens inwiefern man dabei die Nullität des Teſtaments als eine absolute anſieht.

2. Die Inofficiosi querela iſt, wie wir geſehen haben, auf einen Zeitraum von fünf Jahren beſchränkt; bei der ſogenannten Querela nullitatis aber fällt dieſe Beſchränkung weg.

3. Ein dritter Unterſchied liegt in den eigenthümlichen nachtheiligen Folgen, welche bei der Inofficiosi querela der Verluſt des Prozeſſes nach ſich zieht [4].

Nach dem gemiſchten Syſtem haben Deſcendenten und Aſcendenten die Inofficiosi querela nur noch in Einem Falle, dann nämlich, wenn ſie unter ausdrücklicher Anführung einer geſetzlich anerkannten, aber unwahren Urſache von der Erbfolge ausgeſchloſſen ſind. In dieſem Falle nehmen die Vertheidiger des gemiſchten Syſtems eine Querela inofficiosi juris novi an.

§. 891.

bb. Von der Klage auf Ergänzung des Pflichttheils.

Dieſe iſt durch die Nov. 115. keineswegs aufgehoben, vielmehr wird ſie in dem Princ. des fünften Kapitels ausdrücklich beſtätigt. Allerdings aber kann ſie jetzt nicht mehr ſo häufig vorkommen, wie vor der Nov. 115.

Sie fällt nämlich weg überall, wo Deſcendenten oder Aſcendenten, welche nur einen Theil ihres Pflichttheils erhalten haben,

4) Vergl. hierüb. Glück a. a. O. S. 471. folg.

von der Erbfolge ausgeſchloſſen ſind. Iſt dies auf eine gehörige Weiſe geſchehen; ſo hat der Teſtator mehr gethan, als er zu thun ſchuldig war, wenn er dem von der Erbfolge Ausgeſchloſſenen auf andere Weiſe auch nur irgend etwas zugewandt hat. Iſt es aber auf eine ungehörige Weiſe geſchehen, ſo muß man entweder ſagen, das Teſtament iſt, **quantum ad heredis institutionem pertinet**, **ipso jure** null und nichtig — oder der Betheiligte kann die **Inofficiosi querela** anſtellen, und durch dieſe bewirken, daß das Teſtament in Anſehung der Erbeseinſetzung reſcindirt werde. Aber, welcher Theorie man auch zugethan ſein mag, die **Actio suppletoria** iſt auf jeden Fall ausgeſchloſſen. Sie kann weder mit der Nichtigkeit des Teſtaments, noch auch mit der Anfechtung deſſelben durch die **Querela inofficiosi** beſtehen. Und dieſemnach können alſo Deſcendenten und Aſcendenten dieſe immer nur unter der Vorausſetzung anſtellen, daß ſie zu Erben eingeſetzt ſind, ohne ihren Pflichttheil vollſtändig erhalten zu haben. Von dieſer Vorausſetzung wird denn auch in der angeführten Stelle der **Nov. 115. c. 5. pr.** das Recht der **Actio suppletoria** ausdrücklich abhängig gemacht.

Wo nun aber die **Actio suppletoria** im Allgemeinen als zuläſſig erſcheint, da finden auf ſie im Ganzen genommen die älteren Beſtimmungen Anwendung. Daher kann denn der Kläger darum allein, weil der Teſtator nicht ausdrücklich eine beſtimmte Urſache der Unwürdigkeit angegeben hat, den Prozeß noch nicht gewinnen. Wohl aber muß er auf jeden Fall den Sieg davon tragen, wenn der Teſtator ihn nicht einmal im Allgemeinen als einen **Ingratus** bezeichnet hat. In dieſer Beziehung alſo iſt es ganz, wie vor der **Nov. 115.** Hat aber der Teſtator den Kläger als unwürdig bezeichnet, und eine beſtimmte Urſache angegeben, ſo kann dieſe nur inſofern beachtet werden, als ſie eine von den in der **Nov. 115.** anerkannten iſt. Und eben ſo: Wenn der Teſtator den Kläger nur im Allgemeinen als unwürdig bezeichnet hat, ſo wird der Kläger den Prozeß nicht anders verlieren, als wenn eine der in der **Nov. 115.** als zureichend bezeichneten Urſachen der Unwürdigkeit vorhanden iſt.

Die Laſt des Beweiſes pflegt man in allen Fällen dem Beklagten aufzulegen.

§. 892.

β. In Beziehung auf Geſchwiſter.

Es fragt ſich jetzt noch — wie verhält es ſich ſeit der Nov. 115. mit dem den Geſchwiſtern zuſtehenden Rechte auf einen Pflichttheil?

Der richtigeren Anſicht zu Folge, iſt in Hinſicht der Geſchwiſter durch die Nov. 115. gar nichts geändert worden; es iſt hier Alles ganz bei'm Alten geblieben. Und dies iſt denn auch ziemlich allgemein anerkannt. Hierüber kann ich im Ganzen auf das früher Vorgetragene verweiſen. Nur zweierlei muß ich bemerken:

Erſtens: Manche Rechtsgelehrte ſind der Meinung, daß ſeit der ſpäteren Nov. 118. das Recht, einen Pflichttheil zu fordern, und ſomit auch das Recht der Querela in der Seitenlinie nicht mehr auf Geſchwiſter, und, was dieſe ſelbſt betrifft, nicht mehr auf vollbürtige und auf Halbgeſchwiſter durch den Vater gerade beſchränkt ſei, ſondern daß es auch noch gewiſſen anderen Seitenverwandten zuſtehe. Nämlich ſie argumentiren ſo:

Nach der Nov. 118. findet bei der Inteſtaterbfolge kein Unterſchied Statt zwiſchen Halbgeſchwiſtern durch den Vater und Halbgeſchwiſtern durch die Mutter — und ferner ſuccediren, in Gemäßheit jener Novelle, mit den Geſchwiſtern zugleich auch die Söhne und Töchter verſtorbener Geſchwiſter. Dieſe Gleichſtellung in Hinſicht der Successio ab intestato muß aber nothwendig auch Gleichſtellung in Anſehung des Pflichttheils zur Folge haben. Und ſonach muß man ſagen: Jetzt haben alle Geſchwiſter ein Recht auf einen Pflichttheil, und eben ſo die Söhne und Töchter von Geſchwiſtern [1].

Dieſe Anſicht beruhet aber auf einem ganz und gar falſchen Principe; auf der Vorausſetzung nämlich, daß Gleichheit der

1) Zu den Vertheidigern dieſer Anſicht gehören u. A. J. H. Böhmer, Exercitatt. ad Pand. Exercit. XXXVII. §. §. 25. u. 27.; desgleichen Weſtphal, von Teſtamenten. §. §. 382. u. 384.

Rechte in Hinſicht der Inteſtaterbfolge auch gleichen Anſpruch auf einen Pflichttheil gebe. Daß dieſes Princip unrichtig ſei, habe ich ſchon im §. 881. gezeigt. Namentlich habe ich dort auf den Umſtand aufmerkſam gemacht, daß ſchon nach dem Rechte des Codex **Fratres** und **Sorores uterini** mit den durch den Vater verwandten Geſchwiſtern gleichzeitig zur Inteſtaterbfolge gelangten. Und doch iſt nichts gewiſſer als dieſes, daß nach eben dieſem Rechte des Codex die **Uterini** keinen Anſpruch auf einen Pflichttheil machen können [2]).

Zweitens: Wir haben im §. 881. geſehen, daß der Kläger bei der Querel den Beweis zu führen hat, daß er ſich der Zuneigung des Teſtators nicht unwürdig gemacht habe. Von dieſem Beweiſe nun pflegt man ihn dann frei zu ſprechen, wenn der Teſtator eine beſtimmte Thatſache als Grund der Ausſchließung vom Pflichttheil angegeben hat. Man nimmt an, daß, wenn der Kläger dieſe Thatſache in Abrede ſtellt, der Beklagte die Wahrheit derſelben beweiſen müſſe [3]).

VI. Ausnahmen von dem gemeinen Rechte der Teſtamente. (§. §. 893—905.)

§. 893.

A. Einleitung.

Zu den Teſtamenten, bei welchen Ausnahmen vorkommen von dem gemeinen Rechte der Teſtamente, gehört:

Zuerſt, das Teſtament eines Blinden — denn für die Errichtung eines ſolchen Teſtaments iſt eine ganz eigenthümliche Form vorgeſchrieben, welche näher angegeben werden ſoll im §. 894. Das Gewöhnliche iſt hier noch nicht zureichend.

Zweitens gehören in die Reihe der von dem gemeinen Rechte der Teſtamente ausgenommenen Teſtamente die ſ. g. privilegirten Teſtamente.

2) Siehe L. ult. §. 2. C. d. legitim. hered. VI, 58. u. vergleiche L. 27. C. h. t.

3) Siehe Glück, VII. S. 320. 400.

Unter dieſen nimmt in jeder Beziehung die erſte Stelle ein das **Militare testamentum.** Der Soldat nämlich iſt durch Privilegien in Hinſicht der Teſtamente auf vielfache Weiſe begünſtigt, nicht nur in Betreff der äußern Form, ſondern auch in anderen Beziehungen. Das Nähere hierüber ſoll vorgetragen werden in den §. §. 895 — 900.

Die übrigen privilegirten Teſtamente ſind begünſtigt nur in Anſehung der äußern Form, theils ohne Weiteres, ſo daß gewiſſe Förmlichkeiten wegfallen können, theils ſo, daß ſie durch etwas Anderes gewiſſermaßen erſetzt werden müſſen.

Dieſe übrigen privilegirten Teſtamente ſind das **Testamentum tempore pestis conditum**, wovon im §. 901. die Rede ſein wird; ferner das **Testamentum parentis inter liberos**, wovon im §. 902., desgleichen das **Testamentum ruri conditum**, wovon im §. 903. gehandelt werden ſoll.

Andere privilegirte Teſtamente gibt es nach Römiſchem Rechte nicht. Zwar führen Manche noch an das ſ. g. **Testamentum imperfectum**, aber ganz mit Unrecht. Dieſe Bezeichnung bezieht ſich nämlich auf etwas, was ſchon im §. 869. vorgekommen iſt. Der Fall iſt dieſer: Es hat Jemand in ſeinem Teſtamente andere Perſonen inſtituirt, als die ihm ab intestato ſuccediren würden. Nun errichtet er ſpäter ein Teſtament, in welchem er gerade ſeine Inteſtaterben inſtituirt. Ein ſolches Teſtament nun, meinen Manche, könne zu Recht beſtehen, wenn auch dabei nur fünf Zeugen ſollten zugezogen ſein. Aber das iſt geradezu gegen den ausdrücklichen Inhalt der **L. 21. §. 3. (al. 5.) C. de testam. VI, 23.** In dieſer Stelle wird geſagt: Ein dergleichen vor nur fünf Zeugen errichtetes Teſtament ſolle zwar die Kraft haben, das frühere Teſtament zu rumpiren — aber ohne ſelbſt als Teſtament zu gelten; es ſolle gelten nur als eine **Voluntas ultima intestati**, mit andern Worten nur als Codicill.

Alſo nach Römiſchem Rechte gibt es weiter keine privilegirte Teſtamente, als die vorhin angeführten.

Nach Canoniſchem Rechte aber kommt noch hinzu das **Testamentum ad pias causas.** Davon im §. 904.

Digitized by Google

Drittens wird noch zuletzt im §. 905. etwas zu ſagen ſein von gemeinſchaftlichen Teſtamenten.

§. 894.

B. Von den Teſtamenten der Blinden.

Ein Blinder, der in der gewöhnlichen Form teſtirt, läuft Gefahr, hintergangen zu werden, zumal bei einem ſchriftlichen Teſtamente. Daher ſchien es dem Kaiſer Juſtinus zweckmäßig, dem Blinden eine eigenthümliche Form vorzuſchreiben, durch deren Beobachtung die Gefahr des Betruges um Vieles vermindert wird [1]). Außer den gewöhnlichen ſieben Zeugen ſoll nämlich noch eine achte Perſon als beſonderer Gehülfe des Teſtators zugezogen werden. Dieſe achte Perſon ſoll ein **Tabularius** ſein. Iſt ein ſolcher nicht zu haben, ſo ſoll ein achter Zeuge deſſen Stelle vertreten. Ferner ſoll bei Errichtung des Teſtaments die Form des ſchriftlichen Teſtaments mit der mündlichen verbunden werden, und zwar in folgender Art:

1. Hat der Teſtator ſeinen letzten Willen ſchon vorher ſchriftlich aufſetzen laſſen, ſo ſoll der **Tabularius** dieſe Schrift dem Teſtator und den Zeugen vorleſen, und der Teſtator ſodann den Inhalt derſelben als ſeinen letzten Willen ausdrücklich anerkennen.

2. Iſt eine ſolche Schrift noch nicht vorhanden, ſo ſoll der Teſtator in Gegenwart der Zeugen ſeinen letzten Willen mündlich erklären, der **Tabularius** aber denſelben ſofort niederſchreiben.

3. In dem einen, wie in dem andern Falle ſollen die ſieben Zeugen den Aufſatz unterſchreiben und beſiegeln; eben ſo der **Tabularius** [2]).

Heutiges Tages wird ſtatt des **Tabularius**, wovon die Conſtitution ſpricht, die Zuziehung eines Notars erfordert [3]).

1) Dieſe Vorſchrift iſt enthalten in **L. 8. C. qui testam. ſac. poss. VI, 22** v. J. 521. n. Chr. Vergl. **§. 4. I. quib. non est permiss. ſac. test. II, 12.**

2) Die Conſtitution ſpricht in Beziehung auf den **Tabularius** nur vom **Consignare**, aber dies ſcheint ein bloßes Verſehen im Ausdruck zu ſein.

3) Siehe Höpfner, Commentar. §. 506.

C. Von dem Privilegium der Soldaten. (§. §. 895—900.)

† INST. II, 11. De militari testamento. — † DIG. XXIX, 1. † COD. VI, 21. De testamento militis.

§. 895.

A. Im Allgemeinen.

Schon im älteſten Rechte gab es, wie wir im §. 828. geſehen haben, eine eigenthümliche Form für die Errichtung eines Teſtaments im Felde: ich meine das Testamentum in procinctu. Die Bedingungen für die Statthaftigkeit eines ſolchen Teſtaments ſtanden aber in einem eigenthümlichen Zuſammenhange mit den Auſpicien der Feldherrn, welches näher nachzuweiſen hier zu weit führen würde. Ich begnüge mich, zu bemerken, daß eben hierin der Grund lag, weshalb in den ſpäteren Zeiten der freien Republik mit den Auſpicien zugleich auch die Testamenta in procinctu außer Gebrauch kamen [1]).

In die Stelle des Testamentum in procinctu traten nunmehr andere und viel umfaſſendere Privilegien, welche den Soldaten durch Conſtitutionen der Imperatoren verliehen wurden. Die Veranlaſſung zu dieſen Conſtitutionen iſt in Folgendem zu ſuchen:

1. In dem Bedürfniß, im Felde auf eine bequemere, leichtere Weiſe teſtiren zu können, als in der regelmäßigen Form.

2. In der Rechtsunerfahrenheit der Soldaten, die oft nicht im Stande waren, rechtskundige Perſonen zu Rathe zu ziehen.

3. In dem Intereſſe der Imperatoren, ſich die Soldaten durch mancherlei Begünſtigungen theils geneigt zu machen, theils geneigt zu erhalten. Dieſe Urſachen veranlaßten eine Reihe von Conſtitutionen, durch welche der Soldat bei Errichtung eines Teſtaments, nicht nur was die äußere Form betrifft, ſondern zugleich in faſt allen anderen Beziehungen von der Beobachtung der gemeinrechtlichen Vorſchriften freigeſprochen wurde [2]); ja es

1) Wir haben dafür das ausdrückliche Zeugniß des Cicero, de natura Deorum. II, 3.

2) Daher Aeußerungen wie in L. 1. C. h. t. (Antoninus.) „.. Nam voluntas militis in ex-

erſtreckten ſich dieſe Privilegien ſelbſt auf die Art und Weiſe der Aufhebung eines Teſtaments. Und alle dieſe Vorrechte ſtanden dem Soldaten nicht etwa nur dann zu Gebote, wenn er ſich im Felde befand, ſondern zu aller und jeder Zeit, bis Juſtinian in Hinſicht der auf die Errichtung von Teſtamenten ſich bziehenden Verordnungen dieſe Beſchränkung hinzufügte: Nur diejenigen Soldaten ſollten ſich ihrer erfreuen, welche in expeditionibus occupati wären [3]). Dabei entſteht die Frage, wie eigentlich dieſe Beſchränkung zu verſtehen ſei? Die richtigſte Antwort iſt ohne Zweifel dieſe: Nur im Felde, oder während er in's Feld zieht, ſoll der Soldat militari jure mit Hintanſetzung der gewöhnlichen Vorſchriften teſtiren können. Dieſe Beſchränkung rührt, wie geſagt, von Juſtinian her; wenn wir ſie in einigen Stellen des Codex aus einer früheren Zeit vorfinden, ſo müſſen wir dieſe Stellen als interpolirt anſehen [4]).

Nach dieſen allgemeineren Bemerkungen über das Privilegium militare kommt es nunmehr darauf an, dieſes Privilegium noch näher, und im Detail kennen zu lernen.

Die darin enthaltenen Vorrechte betreffen, wie ich vorhin ſchon bemerkt habe, theils die Errichtung, theils die Aufhebung von Teſtamenten. Von jenen ſoll zunächſt die Rede ſein in den §. §. 896—899., von dieſen im §. 900. Was die Errichtung von Teſtamenten betrifft, ſo werden

Zuerſt im §. 896. die Perſonen näher zu bezeichnen ſein, die militari jure zu teſtiren befugt ſind. Nämlich »militari jure teſtiren« heißt, ſich bei Errichtung eines Teſtaments die in dem Privilegio militum enthaltenen Vorrechte zu Nutze machen, und ein ſolches militari jure errichtetes Teſtament iſt es, welches Militare testamentum genannt wird. Der Gegenſatz

peditione occupati pro jure servatur«; oder in L. 15. C. eod. (Constantinus.) »Milites in expeditione degentes . . . quomodo possint ac velint, testentur«, oder in L. 17. C. eod. (Justinianus.) ». . . licere militibus testamenta quomodo voluerint componere.« Ueber die geſchichtliche Ausbildung des militäriſchen Teſtaments vergleiche L. 1. pr. D. h. t. pr. I. h. t.

3) cit. L. 17. C. h. t. (A. 529.

4) Dahin gehören citt. L. 1. L. 15. C. h. t.

gegen das militari jure testari wird ſo bezeichnet: communi jure testari.

Zweitens ſoll gezeigt werden, worin die in dem Privilegio militum enthaltenen Ausnahmen von den gemeinrechtlichen Vorſchriften über die Errichtung des Teſtaments beſtehen. §. §. 897. 898.

Drittens: Die Wirkſamkeit eines militari jure errichteten Teſtaments hängt nicht bloß von den zur Zeit der Errichtung obwaltenden Verhältniſſen ab; ſondern es kommt zugleich an auf die Verhältniſſe, unter welchen der Teſtator ſtirbt. Und ſo wird denn auch auf dieſen Punkt noch beſonders Rückſicht zu nehmen ſein. §. 899.

B. Insbeſondere: (§. §. 896—900)

a. In Anſehung der Errichtung eines Teſtamentes. (§. §. 896—899.)

§. 896.

α. Von den privilegirten Perſonen.

Zunächſt kommt das Privilegium militum dem Soldaten zu Statten, und zwar von dem Augenblick ſeines förmlichen Eintritts in den Dienſt bis zu dem Augenblicke ſeines Austritts [1]) — vorausgeſetzt nur, daß der Soldat zu einer Zeit teſtirt, da er ſich in expeditione befindet.

In den Pandekten wird dieſe Beſchränkung nie hinzugefügt, da heißt es immer ganz allgemein, der Soldat darf dieſes oder jenes. Ganz natürlich, da zur Zeit der claſſiſchen Juriſten eine ſolche Beſchränkung nicht Statt fand. Aber für das Juſtinianiſche Recht muß dieſe Beſtimmung überall hinzugedacht werden, wo dem Soldaten bei der Errichtung von Teſtamenten irgend eine eigenthümliche Befugniß zugeſchrieben wird. Ich bemerke dies hier ein für alle Mal, und bitte daher, Alles, was ich im Verfolge dieſes Abſchnittes von dem Soldaten ſchlechthin ſagen werde, nur unter dieſer Beſchränkung zu verſtehen. Vergl. den vor. §.

1) L. 42. D. h. t. §. 3. I. eod. L. 20. pr. D. h. t.

Uebrigens, wenn ich ſo eben geſagt habe, der Soldat iſt militäriſch zu teſtiren befugt, ſo gilt dieſes nicht etwa bloß von demjenigen, welcher im Landheere dient, ſondern auch von demjenigen, welcher zur See dient und zwar wiederum nicht bloß von dem eigentlichen See-Soldaten, ſondern von allen Seeleuten überhaupt, die auf Kriegsſchiffen dienen [2].

Aber ſelbſt ſolche Perſonen, die ſich in keinem der bisher bezeichneten Dienſtverhältniſſe befinden, können dennoch militäriſch teſtiren, **si in hostico deprehendantur** [3]), d. h. Jeder kann militäriſch teſtiren, auch ohne Soldat zu ſein, ſobald er ſich im Kriege auf feindlichem Gebiete befindet.

β. Ueber die durch das Privilegium geſtatteten Ausnahmen von den gemeinrechtlichen Vorſchriften. (§. §. 897. 898.)

§. 897.

a. In Betreff der Fähigkeit zur Errichtung eines Teſtamentes, und der dabei zu beobachtenden äußeren Form.

A. In Bezug auf das **Jus testamenti faciendi** ſehen wir den Soldaten beſonders im älteren Rechte begünſtiget. So war Anfangs der **Filiusfamilias** nur dann **de castrensi peculio** zu teſtiren befugt, wenn er noch im Dienſte ſtand [1]). So war es ferner im vorjuſtinianiſchen Rechte ein Vorrecht des Soldaten, daß er teſtiren konnte, auch wenn er taub oder ſtumm, oder gar beides zugleich war, ohne dazu erſt einer beſonderen Erlaubniß zu bedürfen. Vergl. §. 790. — Im Juſtinianiſchen Rechte iſt vornehmlich das als etwas dem Soldaten Eigenthümliches zu betrachten, daß er auch dann gültig teſtirt, wenn er über ſeinen **Status** und die davon abhängende Befugniß zu teſtiren, ungewiß iſt — gegen die Regel des gemeinen Rechts [2]).

2) **L. un. §. 1. D. d. B. P. ex test. milit. XXXVII, 13.**

3) So ſagt ausdrücklich Ulpian in **L. 44. D. h. t.**

1) **pr. I. quib. non est permiss. facere test. II, 12.**

2) **L. 11. §. 1. D. h. t.** Vergl. ob. §. 789. Note 2. u. 3.

B. Was die äußere Form des Teſtaments anbelangt, ſo genügt es, wenn der Soldat ſeinen Willen auf irgend eine Weiſe, gleich viel auf welche, zu erkennen gegeben hat — ſobald nur gewiß iſt, daß er ernſtlich die Abſicht gehabt habe, auf ſeinen Todesfall zu verfügen [3]). Daher bedarf es denn namentlich, wenn der Soldat ſeinen letzten Willen niederſchreibt, gar nicht der Zuziehung auch nur eines einzigen Zeugen. Wenn er ihn aber mündlich erklärt, ſo kommt es lediglich darauf an, daß irgend Jemand dieſe mündliche Aeußerung angehört habe, und dadurch nun in den Stand geſetzt ſei, über den Inhalt derſelben Auskunft zu geben. Daß es in dieſem Falle der Gegenwart zweier Zeugen bedürfe, läßt ſich nach Römiſchem Rechte nicht behaupten [4]), und zwar läßt dieſe Beſtimmung nicht wohl eine andere Beziehung zu, als auf den Fall gerade eines mündlichen Teſtaments.

Eine Folge aus dem Grundſatze, daß es nur auf den Willen des Soldaten ankommt, iſt dieſe: wenn der Soldat vorhatte jure communi zu teſtiren, durch den Tod aber verhindert worden iſt, ſeinen Vorſatz auszuführen, ſo gilt ſein Wille nichts deſto weniger, ſobald er ihn nur auf irgend eine Weiſe bereits kund gegeben hat [5]). Dieſe Erklärung ſeines Willens verliert dadurch nichts an ihrer Kraft, daß der Soldat die Abſicht hatte, ſie mit den gewöhnlichen Förmlichkeiten auszuſtatten.

3) pr. et §. 1. I. h. t. L. 1. pr. L. 15. §. 1. L. 24. D. h. t. »Divus Trajanus Statilio Severo ita rescripsit: Id beneficium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo ab his facta testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat, testamentum factum esse, quod et sine scriptura, et a non militantibus fieri potest. Si ergo miles, de cujus bonis apud te quaeritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet, quem vellet sibi esse heredem, et cui libertatem tribueret, potest videri sine scriptis hoc modo esse testatus, et voluntas ejus rata habenda est. Ceterum si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui: ego te heredem facio; aut, tibi bona mea relinquo, non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti; alioquin non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent, se audiisse dicentem aliquem, relinquere se bona, cui visum sit, et per hoc judicia vera subverterentur.« L. 34. §. 2. L. 35. D. eod. L. 14. C. h. t.

4) Theoph. ad pr. I. h. t. ſagt ausdrücklich, daß ſchon ein einziger Zeuge hinreiche.

5) L. 3. D. h. t.

Und ferner: Denken wir uns, der Soldat hat etwa noch vor dem Eintritt in den Kriegsdienſt ein Teſtament errichtet, welches, wegen Vernachläſſigung der gemeinrechtlichen Vorſchriften, zu Recht nicht beſtehen kann. Nun aber gibt er als Soldat zu erkennen, daß er jenes Teſtament wolle aufrecht erhalten wiſſen. Jetzt wird das Teſtament als ein militäriſches gelten [6]).

Eben ſo kann der Soldat einem frühern, von Anfang gültig geweſenen, aber hinterdrein ungültig gewordenen Teſtamente die verlorne Gültigkeit **nuda voluntate** wiedergeben [7]).

Auf die hier bezeichnete Weiſe verhält es ſich mit der äußern Form eines militäriſchen Teſtaments nach Grundſätzen des Römiſchen Rechts. Mit dieſen aber ſtimmt unſer heutiges gemeines Recht nicht durchaus überein. Die Notariatsordnung Maximilian I. v. J. 1512. in dem Abſchnitte von Teſtamenten §. 2. macht bei Soldaten, welche im Felde ſind, einen Unterſchied zwiſchen ſolchen, die ſich in wirklicher Uebung des Streits, und ſonach im Gefechte befinden — und ſolchen, bei denen dies nicht der Fall iſt. Auf jene finden die Römiſchen Grundſätze Anwendung — dieſe aber, welche ſich nicht in der Uebung des Streits befinden, müſſen, ſie mögen nun ſchriftlich oder mündlich teſtiren, jederzeit zwei Zeugen zuziehen.

§. 898.

b. In Beziehung auf den Inhalt des Teſtamentes.

Das **Privilegium militum** bezieht ſich nun aber auch auf den Inhalt des Teſtaments. Nämlich:

1. Gleich zuerſt liegt eine ſehr weſentliche Abweichung von der gemeinen Regel der Teſtamente darin, daß es dem Soldaten geſtattet iſt, zum Theil **testatus**, und zum Theil **intestatus** zu ſterben [1]). Folgen hieraus ſind:

a. der Soldat iſt befugt, in ſeinem Teſtamente nur über einen Theil ſeines Vermögens zu disponiren. Die im Teſtamente eingeſetzten Erben erhalten den ihnen angewieſenen Theil

6) L. 15. §. 2. L. 25. D. h. t.
7) L. 9. L. 15. §. 1. L. 20. §. 1. L. 33. pr. et §. 2. D. h. t.

1) L. 6. L. 19. pr. L. 37. D. h. t. §. 5. I. d. hered. inst. II, 14.

des Vermögens, während in Hinſicht des übrigen Theils Inteſtaterbfolge eintritt [2]).

b. Sonſt iſt es Regel, daß, wenn von mehren eingeſetzten Erben der eine oder andere ausfällt, deſſen Erbantheil den übrigen accreſcirt, und zwar ex juris necessitate; ein Punkt, deſſen weitere Ausführung ich für die Lehre vom Erwerbe der Erbſchaft verſpare. §. 971. Hier will ich nur darauf aufmerkſam machen, daß jene Regel auf dem Grundſatze beruht: »Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.« Weil nun aber dieſer Grundſatz auf militäriſche Teſtamente keine Anwendung findet — ſo fällt bei militäriſchen Teſtamenten auch jenes ex juris necessitate eintretende Jus accrescendi weg, außer, inwieweit die Abſicht des Teſtators darauf ging, daß es Statt finden ſolle. Alſo, wenn hier ein Jus accrescendi vorkommt, ſo beruhet es nicht in geſetzlicher Nothwendigkeit, ſondern in dem Willen des Teſtators [3]).

c. Sind zwei zu verſchiedenen Zeiten errichtete militäriſche Teſtamente vorhanden, ſo hebt das ſpätere Teſtament das frühere nur inſofern auf, als entweder der Soldat ausdrücklich erklärt hat, daß es ſo ſein ſolle, oder das ſpätere Teſtament ſich mit dem früheren ſeinem Inhalte nach nicht vereinigen läßt [4]). Es iſt alſo ſehr wohl möglich, daß der Soldat mit Hinterlaſſung zweier oder gar mehrer neben einander geltender Teſtamente ſterbe, was Ulpian ſo ausdrückt: »Militi licet plura testamenta facere« [5]). Und daß es ſo iſt, das hängt gleichfalls damit zuſammen, daß der Soldat zum Theil testatus und zum Theil intestatus ſterben kann. Denn worin liegt der Grund, daß außerdem, und in der Regel, das frühere Teſtament durch das ſpätere nothwendig rumpirt wird, anders, als darin, daß jedes Teſtament nothwendig auf das geſammte Vermögen des Teſtators bezogen wird? — und das beruhet wiederum auf dem Grundſatze: »Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.« Vergl. §. 869.

2) L. 6. L. 11. §. 2. D. h. t. L. 2. C. h. t.

3) cit. L. 37. D. h. t. L. 1. C. h. t.

4) cit. L. 19. pr. L. 36. §. 1. D. h. t.

5) cit. L. 19. pr. D. h. t.

2. Eine andere Ausnahme von der Regel des gemeinen Rechts iſt dieſe: Der Soldat kann Jemanden **ex die certo** zum Erben ernennen — und eben ſo kann er einen Erben **ad diem** oder **ad conditionem** einſetzen [6]).

Auch dieſe Anomalie ſteht zum Theil mit dem unter Nr. 1. angeführten Satze »**Militem pro parte testatum posse decedere, pro parte intestatum**« in Verbindung. Nämlich hat der Soldat einen Erben **ex die** ernannt, ſo erhält bis zu dem beſtimmten Tage der Inteſtaterbe die Erbſchaft; von jenem Tage an aber der teſtamentariſche Erbe. Und iſt der Erbe **ad diem** oder **ad conditionem** ernannt, ohne daß der Teſtator ſich darüber geäußert hat, wer nun ſpäterhin die Erbſchaft haben ſolle, ſo wird die Erbſchaft bis zu dem bezeichneten Tage, oder bis die Bedingung in Erfüllung geht, dem Teſtaments-Erben, von da an aber dem Inteſtaterben zu Theil werden.

Aber es kann auch ſein, daß der Soldat den **A.** bis zu einem gewiſſen Zeitpunkte, von dieſem Zeitpunkte an aber den **B.** zum Erben ernannt hat. Eine Disposition dieſer Art verſtößt nicht gegen die Regel »**Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest**« — ſie iſt aber dennoch in jedem andern, als in einem militäriſchen Teſtamente unzuläſſig. In einem militäriſchen Teſtamente dagegen erreicht der Teſtator bei einer ſolchen Dispoſition ſeinen Zweck; **A.** und **B.** werden nach einander **ex testamento** Erben. Während alſo der **Paganus** dem von ihm conſtituirten Erben für den Fall, daß er ihn wirklich und in der That beerbt, nur inſofern ſubſtituiren kann, als der **Institutus** zu ihm in einem ſolchen Verhältniſſe ſteht, daß er denſelben **pupillariter** oder **quasi pupillariter** zu ſubſtituiren befugt iſt, ſo kann der Soldat einem Jeden, den er inſtituirt, auch auf den Fall der wirklichen Beerbung ſubſtituiren. Z. B. er kann Jemanden, der ihm ganz und gar fremd iſt, zum Erben einſetzen — und dann weiter ſagen: „wenn der von mir Inſtituirte mich in der That beerbt, und demnächſt ſelbſt mit Tode abgeht, ſo ſubſtituire ich ihm den **X.**« Denn darin liegt weiter nichts, als dieſes: der

6) **L. 15. §. 4. L. 41. pr. D. h. t. L. 8. C. h. t.**

zunächſt Inſtituirte iſt **ad diem**, nämlich **ad diem incertum quando**, zum Erben ernannt — während der X. **ex die incerto** zum Erben eingeſetzt iſt [7]).

3. Der Soldat darf auch ſolche Perſonen zu Erben einſetzen, und auf andere Weiſe bedenken, welchen es an der erforderlichen **Testamenti factio** fehlt [8]).

4. Die Beſtimmungen des älteren Rechts über die Nothwendigkeit, gewiſſe Perſonen entweder zu inſtituiren, oder zu exheredіren, fanden auf militäriſche Teſtamente keine Anwendung [9]). Eben dies muß man nun aber behaupten von den jenen Gegenſtand betreffenden Beſtimmungen der **Nov. 115.**

5. Der Soldat braucht Niemanden einen Pflichttheil zu hinterlaſſen [10]). S. §. 878.

6. Auch auf die Pupillar-Subſtitution hat das **Privilegium militum** Einfluß.

Der Soldat kann ein Pupillar-Teſtament errichten, ohne über ſeinen eigenen Nachlaß zu teſtiren. Und daher verliert denn auch, wenn er wirklich für ſich teſtirt hat, und dieſes ſein eigenes Teſtament in der Folge deſtituirt wird, das Pupillar-Teſtament dadurch nichts an ſeiner Gültigkeit [11]).

Ferner kann der Soldat auch einem ſeiner Gewalt nicht unterworfenen Kinde **pupillariter** ſubſtituiren [12]). Darin liegt indeſſen nur eine Anwendung von demjenigen, was ich ſchon unter Nr. 2. bemerkt habe. Nämlich der Soldat kann Jedem, den er zum Erben einſetzt, auch auf den Fall »**si heres erit**« ſubſtituiren — und ſo kann er denn alſo auch ein emancipirtes unmündiges Kind zum Erben einſetzen, und dieſem, Falls es **intra pubertatem** ſtürbe, irgend einen Dritten ſubſtituiren. Uebrigens iſt in einem ſolchen Falle der Erfolg dieſer: Beerbt das emancipirte Kind ſeinen Vater, und ſtirbt es hierauf noch

7) **L. 5. L. 41. §. 4. D. h. t. L. 6. C. h. t.**

8) Das Nähere hierüber enthalten **L. 13. §. 2. D. h. t. L. 5. C. h. t. L. 7. §. 1. D. d. legat. III.**

9) **§. 6. I. d. exheredat. liberor. II, 13.** Vergl. **L. 7. L. 8. L. 33. §. 2. L. 36. §. 2. D. h. t. L. 9. L. 10. C. h. t.**

10) **L. 8. §. 4. D. d. inofficioso. V, 2. L. 9. L. 37. pr. C. eod. III, 28.**

11) **L. 15. §. 5. L. 41. §. 5. D. h. t.**

12) Siehe **L. 28. L. 41. §. 4. D. h. t.**

in den Jahren der Unmündigkeit, ſo erhält der Subſtitut zwar den aus dem väterlichen Vermögen herrührenden Theil des Pupillarnachlaſſes — aber auf den übrigen Nachlaß kann er keinen Anſpruch machen.

7. Der Soldat iſt an die **Lex Falcidia** nicht gebunden; ſie findet auf ein **jure militari** errichtetes Teſtament keine Anwendung [13]).

§. 899.

7. Von den Vorausſetzungen, welche bei dem Tode des Teſtators vorhanden ſein müſſen, wenn ein militari jure errichtetes Teſtament ſich wirkſam erweiſen ſoll.

Was ich in den vorigen Paragraphen geſagt habe, bezieht ſich, auch wo ich den Soldaten gerade genannt habe, auch auf jeden Andern, der **militari jure** zu teſtiren befugt iſt. Hier aber muß man einen Unterſchied machen zwiſchen dem Teſtamente eines Soldaten, d. h. eines Solchen, der wegen ſeines Dienſtes militäriſch zu teſtiren befugt war, und dem Teſtamente desjenigen, der nur, weil er ſich **in hostico** befand, militäriſch teſtiren konnte.

Das **jure militari** errichtete Teſtament eines Soldaten gilt

1. in dem Falle, da er als Soldat ſtirbt — aber es gilt
2. auch dann, wenn er ſtirbt innerhalb Eines Jahres nach erhaltener Entlaſſung, vorausgeſetzt nur, daß dieſe nicht etwa entehrender Art war [1]).

Dagegen iſt ein von einem Nicht-Soldaten, **in hostico, jure militari** errichtetes Teſtament nur unter der Bedingung wirkſam, daß der Teſtator nun auch **in hostico** ſtirbt [2]).

13) L. 17. §. 4. D. h. t. L. 12. C. h. t.

1) L. 26. pr. L. 38. pr. D. h. t. §. 3. I. h. t.

2) L. 44. D. h. t.

§. 900.

b. In Anſehung der Aufhebung eines Teſtamentes.

Das Privilegium militis erſtreckt ſich nun auch auf die Aufhebung des Teſtaments. Damit hat es dieſe Bewandtniß:

Wie der Soldat nuda voluntate teſtiren kann, ſo kann er auch ein vorhandenes Teſtament nuda voluntate aufheben, das Teſtament ſei jure communi, oder jure militari errichtet. Und zwar iſt dabei als etwas Beſonderes zu bemerken, daß der Soldat dieſe Befugniß, ein vorhandenes Teſtament nuda voluntate aufzuheben, auch nach Juſtinianiſchem Rechte nicht etwa bloß dann hat, wenn er ſich in expeditione befindet, ſondern zu jeder Zeit, während der ganzen Dauer des Dienſtes. Jene Juſtinianiſche Beſchränkung des Privilegii militum, der zu Folge dieſes dem Soldaten nur zu Statten kommen ſoll, wenn er in expeditione iſt, bezieht ſich bloß auf denjenigen Theil des Privilegiums, welcher die Errichtung des Teſtaments betrifft. Dagegen das Recht, nuda voluntate ein vorhandenes Teſtament aufzuheben, iſt ſo wenig an den Aufenthalt im Felde gebunden, daß es intra annum post missionem ſelbſt dem Entlaſſenen zuſteht — jedoch kann dieſer nuda voluntate nur ein militäriſches Teſtament aufheben, nicht ein ſolches, welches er jure communi errichtet hat [1]).

Zum Beſchluß der Lehre von dem militäriſchen Teſtamente will ich mich jetzt noch über zwei Stellen unſerer Quellen näher erklären, welche ich bei der Lehre von dem Testamentum irritum §. 871. Note 6. bereits angeführt habe, jedoch ohne in eine nähere Erörterung ihres Inhalts einzugehen — ich meine den §. 5. I. h. t. und die L. 22. D. h. t.

Der §. 5. I. h. t. lautet folgender Maßen:

»Denique etsi in arrogationem datus fuerit miles, vel filiusfamilias emancipatus est: testamentum ejus, quasi ex nova militis voluntate, valet, nec videtur capitis deminutione irritum fieri.«

1) L. 34. §. §. 1. 2. L. 36. §. 3. D. h. t.

Es wird alſo in dieſem Paragraphen zweierlei geſagt:

Erſtens: Wenn ein Miles, welcher sui juris iſt, ſich arrogiren läßt, ſo wird zwar an und für ſich das Teſtament, welches er früher errichtet hatte, zu einem Testamento irrito; aber man läßt daſſelbe dennoch gelten, indem man die Sache aus dem Geſichtspunkte anſieht, wie wenn der Miles nach erfolgter Arrogation ſich dahin erklärt hätte, daß er jenes Teſtament aufrecht erhalten wiſſen wolle; es beſteht alſo das Teſtament quasi ex nova militis voluntate, und ſo iſt es ſo gut, als ob es nie zu einem irrito geworden wäre.

Dies iſt das Erſte, was in der Inſtitutionenſtelle vorkommt, und dabei wollen wir für jetzt ſtehen bleiben. Wir dürfen es als ausgemacht annehmen, daß die Verfaſſer der Juſtinianiſchen Inſtitutionen hier nicht die Abſicht hatten, etwas Neues zu ſagen; ſondern ſie wollten nur den Inhalt der L. 23. D. h. t.:

»Idem (sc. valet testamentum) et si paterfamilias miles, de castrensibus rebus duntaxat testatus, arrogandum se dederit. Si vero missus jam hoc fecerit, non valet testamentum.«

einer Stelle des Tertullianus, wiedergeben — und da zeigt es ſich nun, daß ſie nicht mit der erforderlichen Genauigkeit zu Werke gegangen ſind. Denn was Tertullianus von dem Teſtamente eines Miles ſagt, welcher ſich hat arrogiren laſſen, das bezieht ſich keinesweges auf jedes früher errichtete Teſtament, ſondern es iſt durch die beſondere Vorausſetzung bedingt, daß der Soldat nicht über ſein ganzes Vermögen, ſondern bloß über ſeine Castrensia teſtirt hat, was er als Soldat zu thun befugt iſt. Und dann ſagt auch Tertullian kein Wort von einer nova militis voluntas. Hatte der Miles nur über ſeine Bona castrensia teſtirt, ſo wird das Teſtament durch die Arrogation überall nicht zu einem irrito, da mit dem Gegenſtande, worauf es ſich bezieht, gar keine Veränderung vorgeht. Der Miles hat über ſeine Castrensia nach der Arrogation eben ſo freie Hand, wie vorher. Es bedarf daher auch, damit man das Teſtament als gültig anſehen könne, nicht erſt der Fiction einer nova militis voluntas. Hieran, an dieſe Pandektenſtelle, müſ-

ſen wir uns halten, nicht an die ungenaue Relation ihres Inhaltes in den Inſtitutionen.

Zweitens wird nun aber in jener Inſtitutionenſtelle auch dieſes geſagt: Wenn ein Miles, welcher in väterlicher Gewalt ſteht, ein Teſtament errichtet hat, nämlich über ſein Castrense peculium — wie wir hinzudenken müſſen — und hinterdrein nun emancipirt wird; ſo wird an und für ſich das Teſtament ebenfalls zu einem irrito; aber man läßt daſſelbe dennoch gelten, und zwar wieder quasi ex nova militis voluntate; und ſo iſt es denn auch in dieſem Falle, dem Erfolg nach, eben ſo gut, wie wenn das Teſtament nicht zu einem irrito geworden wäre. So weit unſere Stelle ſelbſt. — Auch hier ſoll nichts Neues geſagt, ſondern nur der Inhalt einer andern Pandektenſtelle mitgetheilt werden, nämlich der Inhalt der L. 22. D. h. t.:

> »Miles filiusfamilias si capite minutus fuerit, vel emancipatus, vel in adoptionem datus a patre suo: testamentum ejus valet, quasi ex nova voluntate.«

welche aus den Inſtitutionen des Marcianus entlehnt iſt — und das eben iſt jene zweite Stelle, deren nähere Erörterung ich mir vorbehalten hatte. Hier nun ſind die Verfaſſer der Juſtinianiſchen Inſtitutionen mit größerer Genauigkeit zu Werke gegangen. Die Abweichung beſchränkt ſich darauf, daß in der Inſtitutionenſtelle bloß der Emancipation Erwähnung geſchieht, während Marcian außerdem auch noch von dem Falle einer Datio in adoptionem ſpricht.

Beide Stellen nun aber, die in den Juſtinianiſchen Inſtitutionen und die des Marcianus, enthalten etwas Unrichtiges, dem Inhalte anderer Stellen Widerſtreitendes. Nämlich: da das Teſtament in den hier vorausgeſetzten Fällen ſchon an und für ſich keinen Augenblick aufhört, gültig zu ſein, ſo braucht man nicht erſt zu dem Privilegium militum, und zu der Fiction einer nova militis voluntas ſeine Zuflucht zu nehmen, um es auf dieſem Wege aufrecht zu erhalten. Daß das Teſtament aber unverändert gültig bleibt, das hat ſeinen Grund darin: Der Teſtator iſt nach wie vor unbeſchränkter Herr desjenigen Vermögens, in Beziehung auf welches er teſtirt hatte. Im Fall der

Datio in adoptionem geht gar keine Veränderung vor ſich; das im Kriege erworbene Vermögen, über welches der Filiusfamilias teſtirt hat, iſt und bleibt deſſen Castrense peculium. Im Fall der Emancipatio aber beſteht die Veränderung bloß darin, daß nun zu dem im Kriege erworbenen Vermögen, worauf zunächſt das Teſtament ſich bezieht, noch anderweitiges Vermögen, welches geeignet iſt, Gegenſtand eines Teſtaments zu ſein, hinzukommen kann. Dadurch aber kann die Gültigkeit des Teſtaments eben ſo wenig afficirt werden, als in andern Fällen ein Teſtament dadurch ungültig wird, daß das Vermögen des Teſtators ſich nach errichtetem Teſtamente vermehrt.

Daß es nun ſo ſei, daß ſchon nach allgemeinen Grundſätzen weder die Emancipation des Teſtators, noch eine auf ihn ſich beziehende Datio in adoptionem das früher von ihm errichtete Teſtament aufhebe, dafür haben wir die beſtimmteſten Zeugniſſe in folgenden Stellen: L. 6. §. 13. D. de injusto, rupto, irrito etc. XXVIII, 3.

> (Ulpianus): »Filiifamilias veterani, sui juris morte patris facti, testamentum irritum non fieri constat; nam quantum ad testandum de castrensi peculio pro patrefamilias habendus est. Et ideo nec emancipatione irritum fieri militis vel veterani testamentum, verum est.«

und in der L. 1. §. 8. de B. P. s. t. XXXVII, 2.

> (Ulpianus) »Exigit Praetor ut is, cujus bonorum possessio datur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, et cum facit testamentum, et cum moritur. . . . . . Sed si filiusfamilias veteranus de castrensi faciat, deinde emancipatus, vel alias paterfamilias factus decedat, potest ejus bonorum possessio peti. . . . .«

In der erſten Stelle wird ausdrücklich geſagt: das von einem Filiusfamilias über ſein Peculium castrense errichtete Teſtament wird durch Emancipation nicht zu einem Testamento irrito, der Filiusfamilias mag noch im Kriegsdienſte ſtehen, oder bereits entlaſſen (veteranus) ſein. Wenn nun aber bei dem Ent-

laſſenen das Teſtament eben ſo beſteht, wie bei demjenigen, der noch Soldat iſt, — ſo iſt klar, daß nicht das Privilegium militum dasjenige ſein könne, wodurch das Teſtament aufrecht erhalten wird.

§. 901.

D. Von den zur Zeit einer anſteckenden Krankheit errichteten Teſtamenten.

Unter einem Testamentum tempore pestis conditum, wie dieſelben gewöhnlich genannt werden, verſteht man ein Teſtament, errichtet zu einer Zeit und an einem Orte, wo eine anſteckende Krankheit herrſcht. Hierauf bezieht ſich die L. 8. C. de testam. VI, 23.[1]), eine Conſtitution von Diocletianus und Maximianus, über deren eigentliche Bedeutung die Neueren keineswegs einig ſind. Die einfachſte und zugleich gangbarſte Erklärung der Stelle iſt indeſſen dieſe:

Was hier von den gewöhnlichen Vorſchriften in Anſehung der Teſtamente erlaſſen worden, bezieht ſich bloß auf die äußere Form — und auch hier beſteht die Begünſtigung lediglich darin, daß die bei dem Teſtamente zu adhibirenden Zeugen nicht gleichzeitig gegenwärtig zu ſein brauchen.

§. 902.

E. Von Teſtamenten der Aeltern unter ihren Kindern.

NOV. 107.

Man muß vor Allem unterſcheiden eine bloße Divisio inter liberos, und ein Testamentum parentum inter liberos.

Wenn der Parens nur dieſes beſtimmt, wie ſeine Kinder ſich in ſeinen Nachlaß theilen ſollen, d. h. welche Gegenſtände

1) »Casus majoris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret, licet aliquid de jure laxatum est, non tamen prorsus reliqua testamentorum solennitas peremta est. Testes enim hujusmodi morbo oppressos eo tempore jungi ac sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est.«

jedes einzelne Kind auf ſeinen Erbantheil bekommen ſoll, des- gleichen, für welche Schulden etwa jedes einzelne Kind zu haf- ten habe; ſo iſt dies kein Teſtament, ſondern eine bloße **Divisio inter liberos** [1]). Es wird durch dieſe gar nicht feſtgeſetzt, wer erben ſolle, und wie viel, ſondern es wird dieſes vielmehr, als ſchon anderweitig beſtimmt, vorausgeſetzt, — als beſtimmt entweder durch ein früheres Teſtament, oder durch die Geſetze der Inteſtaterbfolge. Es bedarf für eine ſolche **Divisio** keiner Feierlichkeit; aber die in Note 1. angeführten beiden Novellen fordern doch einen ſchriftlichen Aufſatz, und Unterſchrift entweder des **Parens**, oder der Kinder. Von einer ſol- chen bloßen **Divisio parentum inter liberos** iſt nun aber hier nicht die Rede.

Unter einem **Testamento inter liberos** aber wird nun ver- ſtanden ein letzter Wille, in welchem der Parens ſeine Kin- der, und zwar nur dieſe, zu Erben einſetzt, zu Erben ernennt. Und ein ſolches Teſtament iſt unter der Vorausſetzung, daß dabei gewiſſe eigenthümliche Vorſchriften beobachtet worden ſind, privilegirt.

Den erſten Urſprung dieſes Privilegium pflegt man aus ei- ner Conſtitution Conſtantin des Großen abzuleiten [2]). Fer- ner gehört hieher die bekannte Conſtitution von Theodoſius dem Jüngeren über die äußere Form des Teſtaments [3]). Die wichtigſte Verordnung über dieſen Gegenſtand aber iſt die **Nov. 107.** Nach dieſer verhält es ſich mit dem ganzen Privi- legium folgender Maßen:

1. Es wird vorausgeſetzt ein Teſtament, welches Aeltern errichten, und in welchem ſie nur Kinder zu Erben ernennen. Auf das Geſchlecht kommt es ſo wenig bei den Aeltern an, als bei den Kindern; eben ſo wenig auf den Grad. Das Pri-

1) Hierauf beziehen ſich L. 20. §. 3. D. ſam. hercisc. X, 2. L. 16. L. 21. C. eod. III, 36. Nov. 18. c. 7. Nov. 107. c. 3.

2) Nämlich aus L. 1. Th. C. ſam. hercisc. II, 24. In dem Ju- ſtinianiſchen Codex findet ſich ebenfalls eine hieher gehörige Conſtitution von Conſtantin d. Gr., nämlich die L. ult. C. ſam. hercisc. III, 36., von der man annimmt, daß ſie aus der zuerſt angeführten durch Interpo- lation entſtanden ſei

3) L. 21. §. 1. (al. 3.) C. d. te- stam. VI, 23.

vilegium alſo findet Anwendung nicht bloß auf das Teſtament des Vaters, ſondern auch auf das Teſtament der Mutter.

2. Das Privilegium iſt beſchränkt auf ſchriftliche Teſtamente. Und zwar ſcheint aus der Novelle hervorzugehen, daß darin ein von dem Parens durchweg mit eigener Hand geſchriebenes Teſtament vorausgeſetzt wird. Da indeſſen lange nicht alle Erklärer dieſer Meinung ſind, ſo werde ich im weiteren Verfolg bei jedem einzelnen Punkte, wobei in der Novelle der eignen Handſchrift des Parens beſondere Erwähnung geſchieht, dies eigens hervorheben — und dazu wird ſich ſogleich Gelegenheit finden. Nämlich:

3. Der Parens muß mit eigener Hand, und zwar gleich im Eingange die Zeit der Abfaſſung des Teſtaments angeben. Ich ſage gleich im Eingange, denn das erfordert die Griechiſche Original-Novelle [4]. In der Vulgata versio heißt es unrichtig, der Parens müſſe bei der Unterſchrift die Zeit angeben [5].

4. Der Parens muß die Kinder namentlich bezeichnen, und zwar wieder eigenhändig. Uebrigens pflegt man mit Recht anzunehmen, daß wie in anderer Beziehung, ſo auch hier eine hinreichend beſtimmte Beſchreibung der namentlichen Bezeichnung gleich zu achten ſei [6].

5. Die Quoten, in welche der Parens die Kinder inſtituirt, darf er nicht durch Ziffern bezeichnen, ſondern er muß die Zahlen mit Buchſtaben vollſtändig ausſchreiben; abermals eigenhändig.

6. Wenn er für gut findet, zugleich feſtzuſetzen, wie es mit der Theilung ſeines Nachlaſſes gehalten werden ſoll, oder wenn er alle, oder einige Kinder in einzelnen Sachen zu Erben einſetzen will, ſo muß er die Gegenſtände, über welche er auf

4) Nov. 107. c. 2. ».... βουλόμεθα, εἴ τις γράμματα ἐπιστάμενος μεταξὺ τῶν αὐτοῦ παίδων βούλοιτο ποιήσασθαι διατύπωσιν, πρῶτον μὲν αὐτοῖς προγράφειν τὸν χρόνον, εἶτα καὶ etc.

5) Die Vulgata versio lautet nämlich ſo: »... volumus, si quis litteras sciens inter suos filios voluerit facere dispositionem, primum quidem ejus subscriptione tempus declaret, deinde quoque etc.

6) Siehe Puffendorf, Observatt. jur. univ. Tom. III. Obs. 5. §. 1.

dieſe Weiſe disponirt, durch genügende Merkmale kenntlich machen; und auch hier wird die eigene Handſchrift des Parens gefordert.

Iſt nun allen dieſen Erforderniſſen genügt, ſo kommt es weiter darauf an, ob der Teſtator ſich darauf beſchränkt hat, nur allein ſeine Kinder zu bedenken, oder, ob er zugleich andere Perſonen, zwar nicht zu Erben eingeſetzt, aber doch anderweitig bedacht hat, z. B. durch Vermächtniſſe.

In dem erſten Fall iſt das Teſtament ohne alle weitere Feierlichkeit rechtsbeſtändig — und namentlich bedarf es durchaus nicht der Zuziehung auch nur Eines einzigen Zeugen.

In dem zweiten Fall aber gelten die in dem Teſtamente zu Gunſten anderer Perſonen getroffenen Verfügungen nicht anders, als wenn der Teſtator ſie eigenhändig geſchrieben, und überdies in Gegenwart von Zeugen eigens erklärt hat, daß überhaupt das ganze Teſtament von ſeiner eignen Hand ſei, und daß es ſeinem ganzen Umfange nach gelten ſolle. Ueber die Anzahl der zuzuziehenden Zeugen ſagt die Novelle nichts.

Alle bisher angegebenen Beſtimmungen, welche ſich auf die Errichtung des Testamentum parentum inter liberos beziehen, ſind in dem erſten Kapitel der Novelle enthalten. In dem zweiten Kapitel findet ſich nun aber noch eine eigenthümliche Beſtimmung über die Aufhebung eines ſolchen Testamentum inter liberos. Es ſoll durch ein ſpäteres nicht anders rumpirt werden, als wenn dieſes ſpätere ein feierliches Teſtament iſt, und der Parens darin ausdrücklich erklärt hat, daß das frühere Teſtament, welches er unter ſeinen Kindern errichtet habe, fernerhin nicht gelten ſolle. Vgl. §. 869. Wenn alſo zu der Zeit, da Jemand inter liberos teſtiren will, ein früheres, und annoch gültiges Testamentum inter liberos vorhanden iſt, ſo kann er ſich bei dem jetzt neu zu errichtenden Teſtamente des Privilegium, von welchem hier die Rede iſt, nicht bedienen.

Ich habe mich bisher auf die Angabe der in dem Römiſchen Rechte enthaltenen Beſtimmungen beſchränkt. Jetzt muß ich nun aber noch einige Bemerkungen über das heutige Recht in dieſer Materie hinzufügen:

1. Viele fordern die eigene Handſchrift des Parens nicht in allen in der Novelle angegebenen Beziehungen; Mehre halten die eigenhändige Schrift des Parens nur in Beziehung auf die Unterſchrift und bei Bezeichnung der Erben für nothwendig. Nicht Wenige gehen aber noch weiter, indem ſie meinen, es ſei genug, wenn der Parens den Aufſatz, welcher ſeinen letzten Willen enthält, auch nur eigenhändig unterſchrieben habe — wie dies bei jeden anderen ſchriftlichen Teſtamenten genügt.

2. Daß bei einem ſchriftlichen Teſtamente der Parens die Zeit der Abfaſſung gleich im Eingange gerade bezeichnet, wird nicht gefordert. Dies beruht zunächſt wohl auf der **Vulgata versio.** Aber es kommt dazu, daß es in dem Original der Novelle wohl nur deshalb heißt, die Zeit der Abfaſſung ſolle vorangeſchrieben werden, weil es bei teſtamentariſchen Urkunden gewöhnlich war, die Bezeichnung der Zeit oben an zu ſetzen; ſo daß alſo dieſer Punkt durchaus nicht als etwas Weſentliches angeſehen werden kann.

3. Nach der Notariatsordnung von 1512., und zwar nach dem §. 2. im Kapitel von Teſtamenten, ſollen bei einem **Testamentum parentum inter liberos**, auch wenn darin nur Kinder bedacht ſind, zwei Zeugen zugezogen werden. Man pflegt die Notariatsordnung aber ſo zu interpretiren, als ſolle die Zuziehung zweier Zeugen nur bei einem mündlichen **Testamentum inter liberos** nothwendig ſein. Dieſer Interpretation zu Folge ſoll nämlich auch ein mündliches **Testamentum inter liberos** privilegirt ſein, und das Privilegium eben darin beſtehen, daß dabei nicht ſieben, ſondern nur zwei Zeugen zugezogen zu werden brauchen.

4. Die Novelle ſelbſt fordert, wie wir geſehen haben, die Zuziehung von Zeugen, wenn der Parens außer ſeinen Kindern auch noch andere Perſonen bedacht hat; aber die Zahl der Zeugen läßt ſie unbeſtimmt. Daher findet denn nun hierüber unter den Neueren ein großer Unterſchied der Meinungen Statt: die Einen halten zwei Zeugen für hinreichend, die Anderen fordern fünf, Einige gar ſieben. — Die Meinung, daß fünf Zeu-

gen erforderlich ſind, ſcheint das Meiſte für ſich zu haben, da dies die regelmäßige Zahl iſt da, wo bloß Vermächtniſſe und dergleichen angeordnet werden ſollen — es iſt die Zahl, deren es bei einem Codicill bedarf [7]).

§. 903.

F. Von Teſtamenten der Landleute.

Das mit einem Testamentum ruri conditum, auch wohl Testamentum rusticum, verbundene Privilegium gründet ſich in L. ult. C. de testam. VI, 23., einer Conſtitution Juſtinian's v. J. 534. Die Conſtitution geht von der Vorausſetzung aus, daß Rusticani nicht in der Stadt, ſondern in einer Gegend teſtiren, wo Zeugen überhaupt, oder doch ſolche Zeugen, welche zu ſchreiben verſtehen, ſelten ſind. Und nun beſtimmt Juſtinian für dieſen Fall Folgendes:

Sind ſieben Zeugen nicht aufzutreiben, ſo ſollen ſchon fünf Zeugen für hinreichend geachtet werden, das Teſtament ſei nun ein mündliches, oder ein ſchriftliches Teſtament.

Was aber insbeſondere anbelangt die Errichtung eines ſchriftlichen Teſtaments, ſo ſollen,

1. wenn nicht lauter ſchreibkundige Zeugen herbeigeſchafft werden können, diejenigen unter den Zeugen, welche zu ſchreiben verſtehen, in Gegenwart der übrigen des Schreibens unkundigen Zeugen, für dieſe mit unterzeichnen.

2. Wenn es an ſchreibkundigen Zeugen überhaupt fehlt, ſo ſoll das Erforderniß der Unterzeichnung des Teſtaments durch die Zeugen ganz und gar erlaſſen ſein.

3. Der Teſtator ſoll den des Schreibens unkundigen Zeugen den Inhalt ſeines letzten Willens, insbeſondere, wen er zum Erben eingeſetzt habe, mündlich mittheilen — und darüber ſollen ſie in der Folge eidlich ausſagen.

7) Für das Königreich Hannover iſt dieſe Streitfrage durch die declaratoriſche Verordnung vom 24ſten Mai 1822 dahin entſchieden: Es ſollen fünf Zeugen zugezogen werden. Und zugleich iſt verordnet, daß dieſe, wenn das Teſtament ein ſchriftliches iſt, daſſelbe unterzeichnen ſollen.

Dies iſt der Inhalt der Conſtitution. Jetzt muß ich aber noch einer Streitfrage erwähnen. Nämlich es fragt ſich: welchen Perſonen kommen denn eigentlich die in der Conſtitution enthaltenen Begünſtigungen zu Statten? Früher verſtand man unter **Rustici** und **Rusticani** das, was wir mit dem Ausdruck Bauersleute bezeichnen. Und da ſagten nun die Einen ſo: das Privilegium iſt auf dieſe Perſonen beſchränkt [1]). Andere dagegen ſagten: der Grund des Privilegium tritt bei andern Perſonen, welche auf dem Lande teſtiren, ebenfalls ein, und daher muß man denn auch dieſen das Privilegium zugeſtehen [2]). Neuerdings hat nun aber Marezoll [3]) eine neue, und wie mir ſcheint, vollkommen begründete Anſicht aufgeſtellt. Er hat nämlich gezeigt, daß die Ausdrücke Rustici und Rusticani in unſerer Conſtitution überhaupt gar nicht für Bauersleute genommen werden können, ſondern daß dadurch vielmehr unmittelbar alle diejenigen bezeichnet werden, welche ihren Aufenthaltsort auf dem Lande haben. Es ergibt ſich dies unter Andern aus der Vergleichung unſerer Conſtitution mit der Nov. 73. c. 9. und mit den Baſiliken [4]).

§. 904.

G. Von Teſtamenten zu frommen Zwecken.

Nach dem **c. 11. X. de testam. III, 26.** ſoll jede letztwillige Verfügung zu Gunſten der Kirche als vollgültig angeſehen werden, ſobald ſie durch drei oder auch nur zwei Zeugen bekräftiget iſt.

Was in dieſer Stelle von der Kirche geſagt wird, wendet man an auf jede **Pia causa** — alſo auf jede Verfügung, die einen frommen Zweck hat, auf Dispoſitionen zu Gunſten der Armen, oder in Beziehung auf Hospitäler, Waiſenhäuſer, Schulen u. ſ. w.

1) So Hofacker, Principia j. c. §. 1381.

2) So z. B. Höpfner, Commentar. §. 452.

3) Archiv für civiliſtiſche Praxis, Bd. IX. S. 289. folg.

4) Basilica. XXXV. 2, 31.

Darüber aber iſt man verſchiedener Meinung, ob die Zeugen, von denen die Stelle ſpricht, der Solennität wegen zugezogen werden ſollen, oder bloß des Beweiſes halber. Diejenigen, welche annehmen, es geſchehe der Zeugen nur des Beweiſes wegen Erwähnung, glauben, daß eine ſchriftlich abgefaßte Dispoſition zu Gunſten eines frommen Zwecks ohne alle Zeugen beſtehen könne, ſobald der Verſtorbene ſeinen Willen ſelbſt niedergeſchrieben habe, und über die Aechtheit der Handſchrift kein Zweifel obwalte [1]).

§. 905.

II. Von gemeinſchaftlichen Teſtamenten.

Unter einem gemeinſchaftlichen Teſtamente verſteht man einen Inbegriff mehrer, auf verſchiedene Verlaſſenſchaften Bezug habender, in einem und demſelben Akte errichteter Teſtamente. Bei ſchriftlichen Teſtamenten wird insbeſondere auch noch das erfordert, daß ſie insgeſammt in einem und demſelben Aufſatz enthalten ſeien.

Sind nun die mehren Teſtamente militäriſche Teſtamente, ſo kann die Zuläſſigkeit einer ſolchen Vereinigung keinem Bedenken unterworfen ſein [1]). Außerdem geſchieht in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern nur Eines Falles dieſer Art Erwähnung — des Falls nämlich, da der Vater gleichzeitig für ſich und für ſein unmündiges Kind teſtirt: das Testamentum paternum und das Testamentum pupillare, beide können in iisdem tabulis enthalten ſein — ſ. §. 845.

Heutiges Tages aber nimmt man an, daß eben ſo auch eine Mehrzahl anderer Teſtamente eine gemeinſchaftliche Errichtung geſtatte; namentlich daß auch mehre andere Teſtamente in einem und demſelben Aufſatze zuſammengefaßt werden können;

1) Vergl. Höpfner, Commentar. §. 463. — Durch die ſchon §. 902. Note 7. angeführte declarat. Verordnung vom 24ſten Mai 1822 iſt für das Königreich Hannover feſtgeſetzt, daß bei Teſtamenten ad pias causas die Zuziehung von zwei Zeugen nicht bloß des Beweiſes halber für nöthig geachtet werden, ſondern ſchlechthin unerläßlich ſein ſoll.

1) Vgl. L. 19. C. d. pact. II, 3.

und daß es alsdann nur einer einfachen Feierlichkeit bedürfe — mit Ausnahme der **Rogatio testium**, welche von jedem Teſtator beſonders erfolgen muß.

Ungeachtet nun aber hier nur eine einfache Feierlichkeit beobachtet wird, und ungeachtet mehre Teſtamente in einem Aufſatze verbunden ſein mögen, ſo werden ſie doch nicht zu Einem Teſtamente. Vielmehr iſt die Gültigkeit und Rechtsbeſtändigkeit jedes einzelnen abgeſondert für ſich zu beurtheilen. Und eben ſo ſteht es der Regel nach Jedem der mehren Teſtatoren frei, einſeitig das von ihm errichtete Teſtament durch Errichtung eines neuen oder auf andere Weiſe aufzuheben, ohne daß dadurch die Gültigkeit und die Rechtsbeſtändigkeit der übrigen im Mindeſten gefährdet wird.

Dieſe Regel gilt im Allgemeinen ſelbſt dann, wenn die mehren Teſtatoren einander gegenſeitig zu Erben eingeſetzt haben — als in welchem Falle man das gemeinſchaftliche Teſtament ein **Testamentum reciprocum** nennt. Nur wenn die gemeinſchaftlich errichteten Teſtamente correſpective ſind, da verhält es ſich anders: da iſt die Zurücknahme des einen von Einfluß auch auf den Beſtand des andern. Correſpective aber nennt man mehre Teſtamente alsdann, wenn **A.** zu Gunſten des **B.** und eben ſo umgekehrt **B.** zu Gunſten des **A.** teſtirt, und dabei zugleich eigens bevorwortet wird, daß die Disposition des einen Teſtators zu Gunſten des andern nur für den Fall gültig ſein und bleiben ſolle, daß die Disposition dieſes Andern nicht zurückgenommen werde.

Fünftes Buch.

Erbrecht.

Drittes Kapitel.

Von der Inteſtaterbfolge *).

I. Allgemeine Grundſätze über die Inteſtaterbfolge.
(§. §. 906 — 909.)

COD. VI, 59. Communia de successionibus.

A. Von den Vorausſetzungen, durch welche die Möglichkeit der Inteſtaterbfolge bedingt wird.
(§. §. 906 — 908.)

§. 906.

A. Fähigkeit des Verſtorbenen, ab intestato beerbt zu werden.

1. Vor Allem erfordert das Römiſche Recht, daß der zu Beerbende im Beſitze der Civität ſei. Nur auf den Nachlaß eines Civis finden die Römiſchen Grundſätze von der Inteſtaterb-

*) Nach Römiſchem Rechte ſind die Grundſätze, auf welchen die Inteſtaterbfolge in das Vermögen eines Freigeborenen beruht, von denen weſentlich verſchieden, wonach die Inteſtaterbfolge in das Vermögen eines Freigelaſſenen ſich richtet. Für uns jedoch iſt die Lehre von der Successio libertinorum ganz und gar unpraktiſch, daher bleibt ſie an und für ſich von unſerem Plane ausgeſchloſſen. Nur gelegentlich wird allerdings, zum Behuf der Erläuterung desjenigen, was über die Succeſſion unter Freigebornen vorzutragen iſt, auf die Successio libertinorum einige Rückſicht zu nehmen ſein.

folge Anwendung. — Dieſes Erforderniß fällt heutiges Tages weg.

2. Nur derjenige kann überhaupt beerbt werden, welcher ein eigenes Activ-Vermögen hinterläßt. Daher konnte nach älterem Rechte derjenige, welcher der Gewalt eines Andern unterworfen war, eben ſo wenig ab intestato, als ex testamento beerbt werden.

Aber ſelbſt, als in der Folge bei Kindern unter väterlicher Gewalt das Castrense und das Quasi castrense peculium aufkam — ſelbſt da geſtattete man zwar den Kindern, über ein Peculium dieſer Art zu teſtiren, allein in Hinſicht der Inteſtaterbfolge blieb man bei der Anſicht des älteren Rechts ſtehen: Wenn ein Kind unter väterlicher Gewalt ein Castrense peculium hinterließ, ohne darüber teſtirt zu haben, ſo betrachtete man nun dieſes Peculium, gleich als wäre es nicht ein Castrense peculium, ſondern ein gewöhnliches Peculium geweſen, alſo das, was unſere Neueren profectitium nennen. Und ſo fiel nun das Peculium demjenigen zu, in deſſen Gewalt der Verſtorbene ſich befunden hatte — nicht nach Art einer Erbſchaft, ſondern Jure peculii. Man ſah das Peculium an, gleich als hätte es dem Verſtorbenen überall gar nicht gehört — gleich als wäre es ein, dem Verſtorbenen nur zur Verwaltung anvertraueter, Theil des väterlichen Vermögens geweſen [1]).

Als indeſſen ſpäterhin, unter den chriſtlichen Kaiſern, auch die ſogenannten Bona adventitia der in väterlicher Gewalt ſtehenden Kinder als eigenthümliches Vermögen derſelben behandelt wurden, ſo fand nun hier gerade das umgekehrte Verhältniß Statt: nämlich das Kind konnte über ſeine Adventitien nicht teſtiren; aber es ward in Anſehung derſelben eine eigene Inteſtaterbfolge angeordnet. Und ſeitdem finden wir Inteſtaterbfolge auch im Castrensi peculio [2]).

1) L. 2. D. d. castrensi pec. XLIX, 17. »Si filiusfamilias miles decesserit, si quidem intestatus, bona ejus non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur; si autem testamento facto, hic pro hereditate habetur castrense peculium.« Vgl L. 10. pr. D. ad SCtum Tertullianum. XXXVIII, 17.

2) S. pr. I. quib. non est permiss. testam. fac. II, 12.

§. 907.

B. Mangel eines teſtamentariſchen Erben.

Die Inteſtaterbfolge tritt ein, ſobald es gewiß iſt, daß Niemand ex testamento Erbe werden könne, aber auch nur dann erſt.

Dieſe Gewißheit nun aber, daß Niemand ex testamento Erbe werden könne, iſt vorhanden:

A. Gleich bei dem Tode des zu Beerbenden in folgenden Fällen:

1. wenn der Verſtorbene überhaupt ein Teſtament nicht errichtet hat, oder Niemand für ihn, inwiefern er ſelbſt unfähig dazu war;

2. wenn das von dem Verſtorbenen, oder von einem Andern für ihn, errichtete Teſtament

a. entweder von Anfang an ungültig war,

b. oder in der Folge, aber noch bei dem Leben des zu Beerbenden, ungültig wurde.

B. Die Gewißheit, daß Niemand den Verſtorbenen ex testamento beerben werde, kann ſich nun auch allererſt nach dem Tode deſſelben hervorthun, nämlich in dem Falle, da zur Zeit des Todes ein gültiges Teſtament vorhanden iſt, Keiner aber von denen, welchen die Erbſchaft ex testamento deferirt wird, dieſelbe in der That erwirbt, alſo, wenn das Teſtament deſtituirt wird [1]).

Die eben aufgeſtellte Regel iſt indeſſen nicht ohne Ausnahmen:

A. Es iſt möglich, daß Inteſtaterbfolge eintrete ſchon zu einer Zeit, wo Niemand zwar ex testamento wirklich Erbe geworden iſt, wohl aber zu erwarten ſteht, daß dieſes geſchehen werde. So, wenn ein Miles nur über einen Theil ſeines Vermögens teſtirt hat. (S. §. 898.)

1) Aller dieſer verſchiedenen Fälle gedenkt L. 1. pr. D. d. suis et legitim. hered. XXXVIII, 16. pr. I. d. heredit., quae ab intest. defer. III, 1. (S. oben §. 779. Note 2.) Vergl. auch L. 9. §. 2. i. f. D. d. lib. et postum. XXVIII, 2.

Digitized by Google

B. Es iſt ferner möglich, daß Inteſtaterbfolge eintrete, ungeachtet Jemand ex testamento in der That bereits Erbe geworgen iſt. Dies nämlich kann der Fall ſein:

1. bei einem militäriſchen Teſtamente, wenn der Miles entweder in Hinſicht auf das Object, oder in Hinſicht auf die Dauer der Repräſentation nur pro parte teſtirt hat. (S. §. 898.)

2. Wenn das Teſtament vermittelſt der **Querela inofficiosi testamenti** reſcindirt wird. (S. §. 883.)

Zum Beſchluß muß ich noch Folgendes bemerken:

Wir haben es hier nur mit der Inteſtaterbfolge zu thun, inwiefern ſie auf Grundſätzen des Civilrechts beruht; mithin iſt die Frage für jetzt auch nur dieſe, unter welchen Vorausſetzungen nach Grundſätzen des Civilrechts Inteſtaterbfolge eintrete. Und deshalb müſſen wir ſagen:

1. wo bei dem Tode des zu Beerbenden ein Teſtament vorhanden iſt, welches Jure civili ungültig iſt, Jure praetorio aber aufrecht erhalten wird, da wird nichts deſto weniger, den Grundſätzen des Civilrechts zu Folge, die Erbſchaft den Inteſtaterben deferirt. Aber freilich wird im Erfolge durch die **Bonorum possessio secundum tabulas**, welche der Prätor den scriptis heredibus gibt, das Recht der Inteſtaterben unwirkſam gemacht.

2. Und umgekehrt, wo ein Teſtament nur Jure praetorio ungültig iſt, da haben die Inteſtaterben Jure civili keine Anſprüche auf die Erbſchaft; aber das Recht der im Teſtamente Inſtituirten wird mehr oder weniger unwirkſam gemacht durch die **Bonorum possessio contra tabulas.**

§. 908.

C. Vorhandenſein einer fähigen, durch das Geſetz unmittelbar zur Erbfolge berufenen Perſon.

Die zur Inteſtaterbfolge Berufenen können phyſiſche, aber auch juriſtiſche Perſonen ſein, wie z. B. der Fiscus.

Was nun aber insbeſondere den Fall betrifft, da die Erb-

ſchaft einer phyſiſchen Perſon zufallen ſoll, ſo iſt darüber Folgendes zu bemerken:

1. Nach Römiſchem Rechte iſt, wie in der Perſon des zu Beerbenden, ſo auch in der Perſon des Erben die Civität eine Conditio sine qua non, wenn anders Römiſche Inteſtaterbfolge eintreten ſoll. Nach heutigem Rechte kommt es darauf nicht an.

2. Bei phyſiſchen Perſonen, welche zur Inteſtaterbfolge gelangen ſollen, wird jederzeit ein beſtimmtes perſönliches Verhältniß zu dem Verſtorbenen vorausgeſetzt, an welches eben das Geſetz das Recht der Erbfolge knüpft. Solcher perſönlichen mit dem Rechte der Erbfolge verbundenen Verhältniſſe kommen im Römiſchen Rechte vier vor: Verwandtſchaft, Gentilität, Patronat und Ehe.

Die Rechte der Gentilität waren nun aber ſchon zu Gajus und Ulpianus Zeit außer Gebrauch gekommen [1]). Und die Bedeutung des Patronats iſt wenigſtens für uns unpraktiſch: — ſo bleiben alſo nur noch Verwandtſchaft und Ehe.

3. Was insbeſondere die Verwandtſchaft betrifft, ſo nahm das ältere Civilrecht lediglich auf Agnation Rückſicht. Später wurden auch mit der bloßen Cognation gewiſſe Succeſſionsrechte verbunden — und im neueſten Rechte wird durchweg nur auf Verwandtſchaft überhaupt Rückſicht genommen, ohne daß die Agnation irgend einen Vorzug gewährte.

Indeſſen auch da, wo von bloßer Cognation die Rede iſt, darf man nie vergeſſen, daß uneheliche Kinder der Regel nach als vaterlos angeſehen werden; daß ſie, juriſtiſch genommen, nur ihrer Mutter und deren Verwandten durch Cognation verbunden ſind: ihrem Vater und deſſen Verwandten ſind ſie, juriſtiſch, keine Cognaten, und daher ſuccediren ſie dieſen Perſonen, ſelbſt nach dem neueſten Juſtinianiſchen Rechte, in der Regel nicht; eben wie, umgekehrt, dieſe Perſonen ihnen nicht ſuccediren.

1) Gaj. III. §. 17. Collat. Leg. Mos. XVI. c. 2. §. 17. c. 4. §. 2.

Dieſe Regel leidet indeſſen im neueſten Juſtinianiſchen Rechte zwei Ausnahmen: die eine bezieht ſich auf die Successio libertinorum. Nach vorjuſtinianiſchem Rechte wurde nämlich die servilis cognatio bei der Inteſtaterbfolge gar nicht beachtet, auch da nicht, wo auf bloße Cognation geſehen wurde. Das hat Juſtinian zum Theil abgeändert: Freigelaſſene Perſonen ſollen auch von den mit ihnen nur durch servilis cognatio verbundenen Kindern, Geſchwiſtern und Aeltern beerbt werden. Ja, wenn unter mehren Geſchwiſtern die einen frei geboren, die andern freigelaſſen ſind, ſo ſollen die freigeborenen nicht bloß von denen beerbt werden, die, gleich ihnen, freigeboren ſind, ſondern auch von den freigelaſſenen [2]. Dieſer Fall hat indeſſen für uns keine praktiſche Bedeutung.

Die andere Ausnahme aber beſtehet darin, daß, nach dem Rechte der Novellen, Kinder, welche im Concubinat erzeugt ſind, unter gewiſſen Vorausſetzungen ihren Vater beerben, und eben ſo umgekehrt von ihm beerbt werden. Dieſes eigenthümliche Succeſſions-Verhältniß, wovon noch in der Folge das Nähere vorkommen wird, gründet ſich auf Beſtimmungen Juſtinian's [3].

Uebrigens iſt es nun aber in Beziehung auf die Succeſſion der Verwandten überhaupt allgemeine Regel: Es wird bei der Inteſtaterbfolge nie ein anderes Verwandtſchaftsverhältniß in Betracht gezogen, als ein ſolches, welches ſchon bei dem Tode des zu Beerbenden vorhanden war. Concipirt wenigſtens muß derjenige, welcher auf den Grund der Verwandtſchaft ab intestato ſuccediren will, ſchon geweſen ſein, als der zu Beerbende ſtarb [4].

2) L. 4. C. d. bon. libertor. VI, 4. §. 10. I. d. gradib. cognat. III, 6. (al. pr. I. d. servili cognat. III, 7.)

3) Nov. 18. und Nov. 89.

4) L. 6. L. 7. D. d. suis et legitim. hered. XXXVIII, 16. » . . . qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem ejus tanquam suus heres, neque bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest, quia lex XII tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuerit — vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur.« L. 8. pr. D. eod. » . . . . . Nam quod ex consuetudine nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non proprie, sed per abusionem,

4. Ich erwähnte vorhin unter den perſönlichen Verhältniſſen, welche ein Recht der Inteſtaterbfolge gewähren, auch die *Ehe*. Vor *Juſtinian* gab nur der Prätor dem überlebenden Ehegatten ein Recht der Inteſtaterbfolge. Im Juſtinianiſchen Rechte aber findet auf den Grund der Ehe auch ein civiles Succeſſionsrecht Statt 5).

5. Das Geſetz, indem es mehren Perſonen ein Recht der Inteſtaterbfolge verleiht, ſetzt unter dieſen zugleich eine gewiſſe *Rangordnung* feſt. Die zur Inteſtaterbfolge Berufenen ſind in verſchiedene *Claſſen* oder *Ordnungen* vertheilt, deren immer eine die andere ausſchließt. Auch findet häufig in einer und derſelben Ordnung wieder eine beſondere Reihenfolge Statt. Namentlich gewährt unter Verwandten oftmals die *Nähe des Grades* ein Recht des Vorzuges.

Dabei nun verſteht ſich das von ſelbſt: Iſt überhaupt Niemand vorhanden, der einer frühern Ordnung angehörte, oder dem Grade nach dem Verſtorbenen näher ſtände, ſo gelangen die einer ſpätern Ordnung Angehörigen, die dem Verſtorbenen dem Grade nach entfernter Verwandten zur Erbfolge. Aber nun fragt es ſich: wird eben dieſer Erfolg auch dann eintreten, wenn Solche, welche ein näheres und beſſeres Recht haben, in der That vorhanden ſind, aber von ihrem Rechte keinen Gebrauch machen? — wenn ſie die ihnen deferirte Erbſchaft nicht erwerben? — Wird auch da die ſpätere Ordnung in die Stelle der früheren, der entferntere Grad in die Stelle des näheren eintreten? — oder wie man gewöhnlich dieſe Frage ausdrückt: Gibt es eine Successio *ordinum*? gibt es eine Successio *graduum*?

Dieſe Frage nun iſt in verſchiedenen Beziehungen verſchieden zu beantworten:

In dem auf die XII Tafeln gegründeten Syſtem der Inteſtaterbfolge gab es, wenigſtens nach vorjuſtinianiſchem Rechte,

vel potius ἀναφορικῶς accidit.« Vgl. §. 8. I. d. heredit., quae ab intest. defer. III, 1.

5) Eingeführt durch die Nov. 53. und Nov. 117.

weder eine **Successio graduum**, noch auch nur eine **Successio ordinum** [6]).

Dagegen fand in dem Syſtem der prätoriſchen Erbfolge eine durchgängige **Successio ordinum** Statt — und zum Theil gab es hier auch eine **Successio graduum**. Eben ſo finden wir in dem ſpäteren Civilrecht eine Annäherung an den Grundſatz der Succeſſion — welche endlich zu dem Reſultate geführt hat, daß nach dem neueſten Rechte eine durchgängige Succeſſion der Grade ſowohl, als der Ordnungen Statt findet, dergeſtalt, daß in dieſer Beziehung das neueſte Civilrecht dem älteſten gerade entgegengeſetzt iſt.

6. Zuletzt muß ich noch einiger Beſtimmungen des neueren Römiſchen Rechts erwähnen, denen zu Folge gewiſſe Perſonen, obſchon nach allgemeinen Grundſätzen fähig zur Inteſtaterbfolge, und berufen dazu, dennoch ausnahmsweiſe ausgeſchloſſen ſind — entweder von der Inteſtaterbfolge überhaupt, oder wenigſtens von der Inteſtaterbfolge in den Nachlaß gewiſſer Perſonen. Die hieher gehörigen Beſtimmungen ſind folgende:

a. Apoſtaten und gewiſſe Ketzer ſollen eben ſo wenig **ab intestato**, als **ex testamento** erben können [7]).

b. Kinder von Hochverräthern ſind gleichfalls von der Inteſtaterbfolge, wie von der teſtamentariſchen ausgeſchloſſen [8]).

c. Kinder in einer blutſchänderiſchen Ehe erzeugt ſollen ihre Aeltern auch nicht **ab intestato** beerben, wie ſie denn auch von dieſen nicht beerbt werden [9]). Heutiges Tages achtet man jedoch auf den Grund des Canoniſchen Rechts die Kinder nur dann für unfähig zur Succeſſion, wenn die Aeltern beide wiſſentlich in Blutſchande gelebt haben [10]). Streitig iſt, ob die geſetzlichen Beſtimmungen wegen blutſchänderiſcher Ehen auch auf

6) Darauf bezieht es ſich, wenn **Ulp. XXVI. §. 5.** ſagt: »In legitimis hereditatibus successio non est.« Eben ſo **Paulus, IV, 8. §. 23.**: »In hereditate legitima successioni locus non est.« Vergl. ob. §. 51 *a.*

7) **L. 3. C. d. apostat. I, 7. L. 4. §. 2. C. d. haeret. I, 5.**

8) **L. 5. C. ad leg. Jul. majest. IX, 8.**

9) **L. 6. C. d. incest. nupt. V, 5.** coll. **Nov. 74. c. 6. Nov. 89. c. 15.**

10) Glück, Erörterung der Lehre von der Inteſtaterbfolge. §. 135. (2te Ausg.)

außereheliche Blutſchande Anwendung finden. Mir ſcheint die Meinung derjenigen die richtige zu ſein, welche die Frage bejahen [11].

d. Einige Neuere wollen, was vom Inceſt gilt, auch auf andere verbotene Verbindungen ausdehnen, namentlich auf den Ehebruch: **Adulterini** ſollen ihren Aeltern ebenfalls nicht ſuccediren [12]. Andere läugnen dies — und dieſe haben wohl mehr für ſich [13].

e. Eine Wittwe, welche ſich vor Ablauf des Trauerjahrs wieder verheirathet, ſoll nur ſolche Perſonen **ab intestato** beerben, die ihr im *erſten* oder *zweiten* oder *dritten* Grade verwandt ſind [14]. Indeſſen da, der richtigeren Meinung nach, die Römiſchen Strafen wegen Verletzung des Trauerjahrs durch das Canoniſche Recht überhaupt aufgehoben ſind — ſo kann auch dieſe Beſtimmung nicht mehr für praktiſch geachtet werden. Vergl. §. 713. I.

§. 909.

B. Von den verſchiedenen Arten der Vertheilung der Erbſchaft unter Mehre, welche gleichzeitig zur Inteſtaterbfolge gelangen.

Nach Verſchiedenheit der Fälle beſtimmt das Geſetz die Vertheilung der Erbſchaft bald ſo, bald anders. Hier nun kann es natürlicher Weiſe nicht darauf ankommen, anzugeben, welche Art der Vertheilung in jedem einzelnen Succeſſions-Falle wirklich Statt hat, denn das gehört in das Detail der Inteſtaterbfolge; ſondern es ſoll hier nur gezeigt werden, welcherlei *Arten der Vertheilung* überhaupt bei der Inteſtaterbfolge vorkommen.

Die einfachſte Art der Vertheilung iſt die, da die Erbſchaft unter den zugleich Succedirenden gleichmäßig vertheilt wird.

11) Glück a. a. O. §. 136.

12) So Glück a. a. O. §. §. 135. 136.

13) Hieher gehört u. A. Thibaut, Pand. §. 857.

14) L. 1. C. de secund. nupt. V, 9. Nov. 22. c. 22. §. 1.

Man ſagt in dieſem Falle: die Erbſchaft wird nach Köpfen vertheilt; jeder Einzelne erhält einen Kopftheil: Hereditatem in capita dividere; Portio virilis.

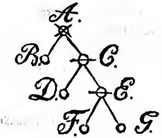
Bisweilen erhalten nun aber entferntere Verwandte ſo viel, als gewiſſe nähere Verwandte erhalten würden, wenn ſie noch am Leben wären: ſind dann die entfernteren Verwandten Deſcendenten der näheren — ſo ſagt man: die Erbſchaft wird nach Stämmen vertheilt; ſind die entferteren Verwandten Aſcendenten der näheren, ſo ſagt man: die Erbſchaft wird nach Linien vertheilt.

A. Zuerſt von der Vertheilung nach Stämmen. Der Römiſche Ausdruck dafür iſt: Hereditatem in stirpes dividere.

Bei einer ſolchen Vertheilung der Erbſchaft wird der Fall mehrentheils ſo zu ſtehen kommen: Es kann geſchehen, daß Mehre zuſammengenommen ſo viel erhalten, als ein gemeinſchaftlicher Aſcendent allein erhalten würde, wenn er noch lebte. — Aber bei einer conſequenten Anwendung des der Vertheilung nach Stämmen zu Grunde liegenden Princips muß au chder Erfolg als möglich gedacht werden, daß umgekehrt Einer allein ſo viel bekommt, als ſeine Aſcendenten zuſammengenommen erhalten würden — nämlich unter Vorausſetzung mehrfacher Verwandtſchaft.

Ich will Beides durch Beiſpiele erläutern:

1.

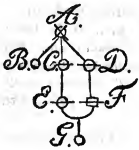


A. ſterbe mit Hinterlaſſung eines Sohnes B. Außerdem habe er durch einen bereits verſtorbenen Sohn C. einen Enkel D. und zwei Urenkel F. G. Hier nun ſuccediren B. D. F. G.

dem A. dergeſtalt, daß die Erbſchaft in stirpes getheilt wird. Nämlich D. F. G. ſtammen ſämmtlich von C. ab; und ſo erhalten ſie nun auch zuſammengenommen nicht mehr, als C. erhalten würde, wenn er am Leben wäre: Wäre dies aber der Fall, ſo würde er die eine, B. die andere Hälfte der Erbſchaft erhalten. Allein es fragt ſich nun weiter, wie D. F. G. die ihnen zufallende Hälfte des Ganzen unter ſich theilen? Wiederum in stirpes; und ſo erhalten denn F. und G. nur die Hälfte der ihnen mit dem D. gemeinſchaftlich zukommenden Halbſchied des Ganzen — denn ſo viel würde E. erhalten, wenn er noch lebte. Dieſe Hälfte der Hälfte theilen ſie nun aber unter ſich in capita, alſo zu gleichen Theilen. Auf dieſe Weiſe iſt das Reſultat der ganzen Theilung dieſes: Es erhalten:

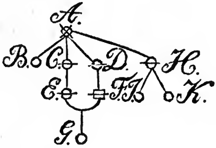
B. 1/2; D. 1/2 . 1/2 = 1/4; F. 1/2 . 1/4 = 1/8; G. 1/2 . 1/4 = 1/8.

2.



Der zweite der vorhin bezeichneten Fälle ſetzt ein Verhältniß doppelter Verwandtſchaft voraus. Z. B. A. hat drei Söhne B. C. D. Durch den C. hat er einen Enkel E., durch den D. eine Enkelin F. Dieſe heirathen einander und zeugen den G. Nun ſterben C. D. E. F., und zuletzt auch A., bei deſſen Tode alſo nur noch vorhanden ſind der älteſte Sohn B., und durch die beiden andern Söhne C. und D. ein Urenkel G. Es fragt ſich, wie zwiſchen dieſen beiden Deſcendenten des A. die Erbſchaft zu vertheilen ſei. Die Vertheilung geſchieht in stirpes, ſo daß G. ſo viel erhält, als ſeine Aſcendenten C. und D. erhalten würden, wenn ſie noch lebten. Wäre dies aber der

Fall, ſo würden ſie mit dem B. die Erbſchaft in capita theilen, alſo jeder würde 1/3 erhalten. Mithin erhält jetzt G. 2/3, während B. 1/3 bekommt.

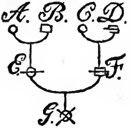
3. 

Denken wir uns in dieſem Falle noch einen vierten Sohn H. hinzu, der aber ebenfalls bereits geſtorben iſt, mit Hinterlaſſung zweier Söhne J. und K., welche dem A. Enkel ſind, ſo ſehen wir nun beiderlei Wirkungen der Divisio in stirpes vereinigt. Nämlich B. C. D. H. hätten die Erbſchaft ſo getheilt, daß jeder 1/4 erhalten hätte. Demnach erhalten nun B. 1/4; G. 2/4, nämlich das Väterliche des C. und das Väterliche des D; J. und K. zuſammen das Viertel des H., welches ſie in capita theilen, ſo daß jeder 1/8 der ganzen Erbſchaft bekommt.

Beiläufig muß ich übrigens bemerken, daß die Vereinigung zweier Erbportionen in der Perſon des G. nur nach neuerem Rechte möglich iſt; denn nach dem älteren Rechte, wo Deſcendenten nur inſofern ſuccedirten, als ſie Sui waren, würde G. ſeine Abſtammung von D. nicht haben in Anſchlag bringen können, da ſie durch eine Frau vermittelt iſt.

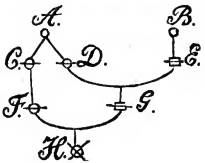
Faſſen wir nun die einzelnen möglichen Fälle in einen allgemeinen Ausdruck zuſammen, ſo werden wir ſagen müſſen: die Vertheilung der Erbſchaft in stirpes iſt eine ſolche, vermöge deren entferntere Verwandte des zu Beerbenden ſo viel erhalten, als nähere Verwandte deſſelben, wenn ſie noch lebten, erhalten würden, nämlich ſolche nähere Verwandte, von welchen jene entfernteren abſtammen.

B. Ich komme nunmehr zu der Vertheilung nach Linien. Dem vorjuſtinianiſchen Rechte war dieſe Art der Vertheilung fremd; wir finden ſie erſt in dem neueſten Juſtinianiſchen Rechte. Daraus erklärt es ſich, daß es in unſern Quellen an einem techniſchen Ausdruck für dieſen Fall fehlt. Unſere neueren Juriſten bezeichnen ihn aber auch im Lateiniſchen ſo: **in lineas dividitur hereditas**. Ich will jetzt ein Beiſpiel geben:



G. ſei der zu Beerbende. Wir nehmen an, daß Vater und Mutter, E. und F., geſtorben ſind, während die väterlichen Großältern A. und B. beide, von mütterlicher Seite aber nur noch der Großvater C. am Leben iſt; ſo daß nun die Frage entſteht, wie die Erbſchaft des G. unter A. B. C. zu vertheilen ſei? Nach dem neueſten Juſtinianiſchen Rechte wird in dieſem Falle dergeſtalt getheilt, daß A. und B. ſo viel bekommen, als der Vater des G.; C. aber ſo viel, als die Mutter des G. bekommen würde, wenn beide noch lebten. Alsdann aber würden E. und F. die Erbſchaft ihres Kindes in capita theilen, dergeſtalt, daß E. die eine, F. die andere Hälfte der Erbſchaft erhielte. Daher bekommt denn nun jetzt C. allein eine volle Hälfte des Ganzen, A. und B. aber erhalten zuſammengenommen eben ſo viel, welches auf jeden von ihnen 1/4 der ganzen Erbſchaft beträgt.

Uebrigens iſt nun aber auch hier auf den möglichen Fall mehrfacher Verwandtſchaft Rückſicht zu nehmen. Und auch dieſen Fall will ich durch ein Beiſpiel erläutern:



A. hat zwei Söhne C. und D.; B. hat eine Tochter E.; D. und E. heirathen einander, und zeugen eine Tochter G. Dieſe verheirathet ſich mit dem F., einem Sohne des C. Sie zeugen einen Sohn H. Deſſen Aeltervåter ſind A. und B.; aber ſo, daß A. Aeltervater iſt von våterlicher und můtterlicher Seite zugleich, B. aber bloß von můtterlicher Seite. Nun wollen wir annehmen, C. D. E. F. G. ſind bereits todt, und nun ſtirbt auch H. Dieſen beerben ſeine Aeltervåter A. und B. Aber wie? Es můſſen zwei Hålften gemacht werden, eine, welche der Vater F. erhalten haben wůrde; die andere, welche die Mutter G. erhalten håtte. Die Hålfte des F. fållt allein auf A., denn Aeltervater von våterlicher Seite iſt nur dieſer. Dagegen, die Hålfte der G. erhalten A. und B. gemeinſchaftlich, denn von můtterlicher Seite iſt nicht nur B. Aeltervater, ſondern auch A. Dieſe Hålfte theilen A. und B. nach Kòpfen. Das Reſultat alſo iſt: A. erhålt 1/2 und 1/2 . 1/2 = 3/4, B. 1/2 . 1/2 = 1/4.

Zuletzt iſt noch zu bemerken, daß gelegentlich auch Fålle vorkommen, in denen das Geſetz die Quote, welche Einem unter mehren Miterben zufallen ſolle, unmittelbar beſtimmt. So erhålt nach der Nov. 117. die dürftige Wittwe, wenn ſie mit drei oder wenigeren Kindern concurrirt, jederzeit 1/4.

II. Geſchichte der Inteſtaterbfolge.
(§. §. 910—914.)

Vorbemerkung.

Ohne die Geſchichte der Inteſtaterbfolge zu kennen, iſt es nicht möglich, eine gründliche Einſicht in das neueſte Recht der Inteſtaterbfolge zu gewinnen; auch nicht möglich, ſich in den Inſtitutionen, in den Pandekten, und in dem Codex zurecht zu finden — da in allen dieſen Rechtsbüchern noch das ältere Recht der Inteſtaterbfolge vorkommt, d. h. dasjenige, was zur Zeit ihrer Abfaſſung galt, was nun aber ſpäter durch die Novellen, insbeſondere durch die Nov. 118., weſentlich iſt verändert worden.

Zunächſt wird es nun zwar bei der hier zu gebenden geſchichtlichen Ueberſicht auf die civilrechtlichen Grundſätze ankommen; indeſſen können doch auch die Grundſätze des prätoriſchen Rechts nicht ganz mit Stillſchweigen übergangen werden. Sie ſind das Vermittelnde zwiſchen dem älteren Civilrecht und dem neueren. Dieſes letztere bildete ſich aus nach der Analogie des prätoriſchen Rechts.

Auf der andern Seite werde ich nun aber, was gerade die Grundſätze des Civilrechts betrifft, diejenigen Succeſſionsrechte hier ganz mit Stillſchweigen übergehen, welche in derſelben Art, wie ſie in dem früheren Rechte vor der Nov. 118. vorkamen, auch noch in dem ſpätern, alſo im neueſten Juſtinianiſchen Rechte gelten. Von dieſen Succeſſionsrechten wird weiterhin, im vierten und letzten Abſchnitte dieſes Kapitels beſonders gehandelt werden.

Im Uebrigen iſt der Plan für den gegenwärtigen Abſchnitt dieſer: Zuerſt ſoll die Rede ſein von der Inteſtaterbfolge in den Nachlaß eines Homo sui juris; ſodann von der Inteſtaterbfolge in den Nachlaß eines ſolchen, der unter väterlicher Gewalt ſteht.

A. Inteſtaterbfolge in den Nachlaß eines homo sui juris. (§. §. 910—913.)

§. 910.

A. Grundſätze des älteren Civilrechts.

GAJ. III. §. §. 1—24. ULP. XXVI. PAUL. IV, 8. Collatio LEG. MOS. XVI. c. 2—7. INST. III, 1. De hereditatibus, quae ab intestato deferuntur. III, 2. De legitima agnatorum successione. — DIG. XXXVIII, 16. De suis et legitimis heredibus. — COD. VI, 55. De suis et legitimis liberis et ex filia nepotibus ab intestato venientibus. COD. VI, 58. De legitimis heredibus.

Die XII Tafeln beriefen zur Inteſtaterbfolge vor allen Uebrigen die Sui des Verſtorbenen. — Bei einer Mehrzahl von Suis ward es ſo gehalten: Waren nur Söhne und Töchter vorhanden, oder nur ſolche entferntere Deſcendenten, die insgeſammt zu Einem Stamme gehörten, ſo ward nach Köpfen, außerdem nach Stämmen getheilt.

War kein suus heres vorhanden, ſo ſollte alsdann der nächſte Agnat aus der Seitenlinie ſuccediren. — Waren der nächſten Agnaten mehre, ſo ward die Erbſchaft unter ihnen nach Köpfen getheilt.

In Ermangelung aller Agnaten gelangten die Gentilen zur Succeſſion.

So gab es alſo drei Ordnungen von Inteſtaterben.

Unter dieſen drei Ordnungen fiel nun aber natürlicher Weiſe die erſte bei Frauen, welche beerbt werden ſollten, hinweg, denn Frauen konnten keine Sui haben. Woraus ſich denn ergibt, daß Kinder als ſolche ihre Mutter nicht beerbten. Die erſte Ordnung bei einer Frau war diejenige, welche bei einem Manne die zweite war, nämlich die Ordnung der Agnaten. Und nun war es allerdings möglich, daß einer Frau in dieſer Ordnung ihre Kinder ſuccedirten; nämlich, wenn die Frau in die Manus ihres Ehemannes gekommen war. Ihre Kinder ſuccedirten ihr dann in der Eigenſchaft von Geſchwiſtern; eben wie auch umgekehrt ſie ihren Kindern als Schweſter ſuccedirte.

Ueber dieſe zweite Ordnung der Agnaten iſt nun aber noch Folgendes zu bemerken:

1. Die XII Tafeln beriefen den nächſten Agnaten ſchlechthin, ohne Rückſicht auf das Geſchlecht. Die Interpretation indeſſen führte hier mit der Zeit eine Beſchränkung ein, wovon das Geſetz ſelbſt nichts wußte. Nämlich: männliche Agnaten ſollten zur Succeſſion gelangen, wie entfernt ſie auch dem Grade nach ſein möchten, wenn ſie nur in dem eben vorliegenden Falle die nächſten wären unter den überhaupt vorhandenen; weibliche Agnaten dagegen ſollten überall nur dann ſuccediren, wenn ſie dem zu Beerbenden im zweiten Grade verwandt wären. Dieſem gemäß nun ging man in der zweiten Ordnung ſo zu Werke: Zuerſt fragte man: Sind **Fratres consanguinei**, oder **Sorores consanguineae** vorhanden, d. h. ſind Brüder oder Schweſtern da, welche dem zu Beerbenden durch Agnation verwandt ſind? War dieſes der Fall, nun ſo gelangten dieſe Geſchwiſter zur Succeſſion, die Schweſtern ſo gut, wie die Brüder. Fehlte es aber an **Consanguineis**, dann fragte man weiter: Sind etwa andere, entferntere Agnaten vorhanden? Und hier nun nahm man bloß auf männliche Agnaten Rückſicht. Geſetzt alſo, es war eine Frau da, welche dem Verſtorbenen im dritten Grade durch Agnation verwandt war, und ein Mann, der ihm verwandt war im zehnten Grade: dennoch gelangte der Mann zur Succeſſion; die Frau ward überall gar nicht berückſichtigt.

2. Wie wir geſehen haben, daß bei Frauen die erſte Ordnung der **Sui** wegfiel, ſo gab es auch Perſonen beiderlei Geſchlechts, bei welchen dieſe zweite Ordnung wegfallen mußte.

Es iſt dies ein Gegenſtand, auf den ich in der Folge öfter werde Bezug nehmen müſſen; und daher iſt es um ſo nöthiger, daß ich mich, obſchon in möglichſter Kürze, etwas näher darüber erkläre:

Nach älterem Rechte gab es ein eigenthümliches Abhängigkeitsverhältniß, in welches freie Perſonen durch Mancipation verſetzt werden konnten; man ſagte von denen, die ſich darin befanden, ſie wären in **mancipio**. Dieſes Verhältniß hatte eine große Aehnlichkeit mit dem Abhängigkeitsverhältniſſe des

Sclaven von ſeinem Herrn. Daher konnte denn auch derjenige, der ſich darin befand, der Regel nach, nicht anders zur Unabhängigkeit gelangen, als durch einen Akt der Manumiſſion von Seiten desjenigen, dem die Gewalt zuſtand. Nun aber ſchied derjenige, der in das Mancipium eines Andern kam, eben dadurch aus allen ſeinen bisherigen Agnationsverhältniſſen aus: Und ſo mußte es ihm denn, auch wenn er ſpäterhin manumittirt worden war, der Regel nach, an Seitenverwandten, die ihm durch Agnation verwandt geweſen wären, fehlen. Dann trat nun aber der Manumittent in die Stelle der fehlenden Seitenverwandten. Die XII Tafeln ſchrieben das nicht ausdrücklich vor; aber man nahm es an nach der Analogie desjenigen, was, in Gemäßheit der XII Tafeln, bei freigelaſſenen Sclaven galt: der Manumittent eines Freien ſuccedirte nach der Analogie des Patrons.

Ganz beſonders wichtig nun war dies in Beziehung auf die Inteſtaterbfolge in den Nachlaß emancipirter Kinder. Die ältere Form der Emancipation erforderte, daß das zu emancipirende Kind den Zuſtand der Abhängigkeit von der väterlichen Gewalt zunächſt mit dem Zuſtande eines Solchen vertauſchte, der in mancipio war. Zur Unabhängigkeit gelangte es erſt dadurch, daß dieſer neue Zuſtand der Abhängigkeit durch Manumiſſion aufgehoben wurde. Gewöhnlich nun ward die Manumiſſion, durch welche das Kind unabhängig wurde, von dem Parens ſelbſt vorgenommen; und dann war der Erfolg rückſichtlich der Inteſtaterbfolge dieſer: Starb das emancipirte Kind, ohne suos heredes zu hinterlaſſen, ſo ſuccedirte ihm der Parens; aber nicht als ſolcher, nicht auf den Grund der Verwandtſchaft, ſondern als Manumittent, mittelſt des ihm zuſtändigen Quaſi-Patronats.

Aus allem bisher Vorgetragenen erhellet zur Genüge, daß bloße Cognation nach den XII Tafeln kein Succeſſionsrecht gab. Aber ſelbſt die Agnation führte nur ein höchſt beſchränktes Succeſſionsrecht mit ſich: Schon haben wir geſehen, daß in der Seitenlinie Frauen nur dann ſuccedirten, wenn ſie dem Verſtorbenen im zweiten Grade verwandt waren. Entfernteren Frauen

half die Agnation nichts. Indeſſen es iſt hier nun auch dieſes noch zu erwägen, daß es, wie ich ebenfalls bereits bemerkt habe, nach der Succeſſions-Ordnung der XII Tafeln weder eine Successio ordinum gab, noch auch eine Successio graduum. Denken wir uns daher z. B., die Reihe kam an die Agnaten, und es waren dieſer überhaupt drei vorhanden: Einer ſtand zu dem Verſtorbenen im vierten, die zwei übrigen ſtanden zu demſelben im fünften Grade. Wenn hier jener Agnat des vierten Grades die Erbſchaft ausſchlug, ſo ging nach vorjuſtinianiſchem Rechte nicht nur er ſelbſt leer aus, ſondern auch die zwei übrigen im fünften Grade Verwandten hatten kein civiles Succeſſionsrecht.

§. 911.

B. Grundſätze des prätoriſchen Rechts.

Wir haben geſehen, in wie enge Grenzen jure civili das Recht der Inteſtaterbfolge eingeſchloſſen war. Der Prätor jedoch ſuchte in dem Syſteme der Bonorum possessio dem Bedürfniß einer Erweiterung abzuhelfen:

Zuerſt dadurch, daß er in der erſten Ordnung den eigentlichen Suis diejenigen gleichſtellte, welche ohne Emancipatio oder In adoptionem datio Sui des Erblaſſers geweſen ſein würden. So hatte nun namentlich der emancipirte Sohn zwar kein civiles Succeſſionsrecht, aber er hatte doch eine Bonorum possessio unde liberi, wie ſie genannt wird, und vermittelſt dieſer gelangte er eben ſo wohl zu dem väterlichen Nachlaß, wie der in des Vaters Gewalt Verbliebene.

Zweitens ward dadurch geholfen: Wenn weder ein Suus zur Succeſſion gelangte, noch ein Solcher, welchen der Prätor einem Suus gleichſetzte, noch auch Jemand aus der Zahl derer, welche civili jure außer den Suis zur Erbfolge berufen waren, ſo ſtand nun nach den Beſtimmungen des Edicts der Zugang allen Verwandten des Erblaſſers offen mittelſt der Bonorum possessio unde cognati, wie ſie genannt wird. Hier kam es nun nicht mehr auf Agnation an, ſondern nur auf Verwandtſchaft überhaupt. Ferner ward auch darauf nicht geſehen,

ob die Verwandtſchaft eine Verwandtſchaft in der geraden Linie war, oder in der Seitenlinie. Aſcendenten und Deſcendenten fanden hier eben ſo ihre Rechnung, wie Seitenverwandte. Endlich machte auch das Geſchlecht keinen Unterſchied: Frauen ſuccedirten mit demſelben Rechte, wie Männer. Aber freilich ließ der Prätor nicht alle Verwandte zugleich zur Erbſchaft zu, ſondern es ging nach der Nähe des Grades. Alle aber, die zu einem und demſelben Grade gehörten, ſuccedirten zu gleicher Zeit und zu gleichem Rechte. Wenn übrigens von denen, welche dem Grade nach die nächſten waren, keiner ſich der Bonorum possessio unde cognati bediente, ſo kam dann der nächſt nächſte Grad an die Reihe. Es gab hier eine Successio graduum.

Drittens erweiterte der Prätor das civilrechtliche Syſtem der Erbfolge dadurch, daß er, wenn kein Verwandter ſuccedirte, den überlebenden Ehegatten zur Erbfolge zuließ mittelſt der Bonorum possessio *unde vir et uxor*.

Das hier über die Grundſätze des prätoriſchen Rechts Geſagte ſoll nur zur vorläufigen Ueberſicht dienen. Das Nähere verſpare ich für §. 991.

C. Grundſätze des neueren Civilrechts. (§. §. 912. 913.)

§. 912.

a. SCtum Tertullianum und SCtum Orphitianum.

ULP. XXVI. §. 8. XXVI. §. 7. PAUL. IV, 9. 10. INST. III, 3. De SCto Tertulliano. III, 4. De SCto Orphitiano. — DIG. XXXVIII, 17. Ad SCtum Tertullianum et Orphitianum. — COD. VI, 56. Ad SCtum Tertullianum. VI, 57. Ad SCtum Orphitianum.

Im neueren Rechte erhielten gewiſſe Perſonen nur der bloßen Cognation Willen ſogar ein *civiles* Succeſſionsrecht.

Dahin gehören zunächſt *zwei* Senatusconſulte aus dem *zweiten* Jahrhundert nach Chr. — das SCtum *Tertullianum* und das SCtum *Orphitianum*.

A. Man ſtreitet darüber, ob das SCtum Tertullianum aus der Zeit des *Hadrian* ſei, oder aus der Zeit des *Antoninus*

Pius. Diejenigen, welche der letzteren Meinung ſind, ſetzen es in das Jahr n. Chr. 158. — Dieſes Senatusconſult nun gab ein civiles Succeſſionsrecht der Mutter als ſolcher; aber auch nur eben der Mutter, nicht etwa der Großmutter u. ſ. w. Und ſelbſt die Mutter hatte dieſes Succeſſionsrecht nicht ſchlechthin, ſondern nur, wenn ſie das Jus liberorum hatte, d. h. wenn ſie entweder eine gewiſſe Anzahl von Kindern geboren, oder die an dieſe Vorausſetzung geknüpften Vorrechte durch beſondere Verleihung erworben hatte. Eine Mater ingenua mußte das Jus trium, eine Mater libertina das Jus quatuor liberorum haben.

Das Verhältniß aber, in welches das Senatusconſult das Succeſſionsrecht der Mutter zu den Succeſſionsrechten anderer Perſonen ſtellte, war dieſes: den Suis des Verſtorbenen und denen, welche der Prätor den Suis gleichgeſetzt, ſollte die Mutter nachſtehen. Eben ſo ſollte ſie das durch das Senatusconſult ihr verliehene Recht nicht geltend machen können, wenn der Vater des Verſtorbenen dieſen beerbte; es möchte dies nun geſchehen Jure civili, oder nach prätoriſchem Rechte. Ich ſage: der Vater; der Großvater ging, der Regel nach, der Mutter nicht vor. Und ferner muß ich bemerken: Nur der leibliche Vater wurde der Mutter vorgezogen, nicht auch der Adoptivvater. Endlich ſollte die Mutter auch dann ausgeſchloſſen ſein, wenn ein Frater consanguineus den Verſtorbenen beerbte. Dagegen ſollte die Mutter da, wo Sorores consanguineae den Verſtorbenen beerbten, mit dieſen concurriren; ſie ſollte die eine Hälfte, die Schweſtern die andere erhalten. Allen übrigen Perſonen aber ſollte die Mutter vorgehen.

B. Das SCtum Orphitianum iſt aus der Zeit des Marcus Aurelius. Es fällt in das Jahr nach Chr. 178. Durch dieſes Senatusconſult erhielten Kinder als ſolche ein civiles Succeſſionsrecht in den Nachlaß ihrer Mutter, und zwar in der Art, daß ſie allen Seitenverwandten vorgehen ſollten. Wie nun aber verhielt ſich dieſes Succeſſionsrecht der Kinder zu dem auf dem SCtum Tertullianum beruhenden Succeſſionsrechte der Mutter? Geſetzt eine Frau hinterließ Kinder, und zugleich eine

Mutter. Wer erhielt nun in dieſem Falle die Erbſchaft? die Kinder, oder die Mutter? Nach dem SCtum Tertullianum ſollten der Mutter zwar Sui vorgehen, und diejenigen, welche der Prätor den Suis gleichgeſetzt — aber dieſe Beſtimmung konnte nur Anwendung finden auf die Erbfolge in den Nachlaß eines Mannes. Davon ſagte das Senatusconſult nichts, daß auch die Kinder einer Frau der Mutter derſelben vorgehen ſollten. Indeſſen, daß das SCtum Tertullianum davon nichts ſagte, das hatte ſeinen ganz natürlichen Grund darin: Zur Zeit des SCtum Tertullianum hatten die Kinder einer Frau als ſolche noch kein Succeſſionsrecht. Hätten ſie dies damals ſchon gehabt, ſo würde, ohne Zweifel das SCtum Tertullianum ihnen denſelben Vorzug zugeſtanden haben, wie den Kindern eines Mannes. Es war daher ganz in dem Geiſte des SCti Tertulliani, wenn in Conſtitutionen der Vorzug des den Kindern ex SCto Orphitiano zuſtehenden Succeſſionsrechts vor demjenigen, welches der Mutter ex SCto Tertulliano zukam, ausdrücklich anerkannt wurde. Im SCtum Orphitianum ſelbſt ſcheint darüber nichts vorgekommen zu ſein [1]).

Ich habe gleich anfangs geſagt, das SCtum Orphitianum habe den Kindern ein Recht der Inteſtaterbfolge in den Nachlaß ihrer *Mutter* verliehen. Dieſes iſt wörtlich zu verſtehen; auf die Erbfolge in den Nachlaß der *Großmutter* u. ſ. w. bezog das Senatusconſult ſich nicht. Und ſo haben wir uns denn als Succedirende immer nur Söhne und Töchter zu denken; nicht auch Enkel oder Enkelinnen. — Uebrigens gebührt dem Senatusconſult nicht bloß in der Lehre von der Successio *ingenuorum* eine Stelle; denn es gab ein Succeſſionsrecht auch den Kindern einer *freigelaſſenen* Mutter.

§. 913.

b. Conſtitutionen der chriſtlichen Imperatoren.

Die Conſtitutionen, von welchen hier die Rede ſein ſoll, laſſen ſich unter *vier Hauptrubriken* bringen:

1) Siehe §. 3. I. d. SCto Tertull. III, 3. und L. 1. C. ad SCtum Orphit. VI, 57.

I. Die erſte Rubrik ſteht in Beziehung zu der erſten Ordnung der XII Tafeln. Hieher gehört eine Verordnung von Valentinian II. v. J. 389. n. Chr. Dieſer zu Folge ſollten fernerhin einem Manne nicht bloß Enkel durch einen Sohn ſuccediren, ſondern auch Enkel durch eine Tochter, ungeachtet dieſe ihm keine Sui waren, und auch nach prätoriſchem Rechte den Suis keineswegs gleichgeachtet werden konnten [1]. Uebrigens ſollten nun aber doch dieſe Enkel durch eine Tochter kein ſo vollſtändiges Succeſſionsrecht haben, wie Enkel durch den Sohn. Wenn außer ihnen Söhne und Töchter des Verſtorbenen vorhanden wären, ſo ſollten ſie an dieſe ein Drittel von demjenigen, was ihre Mutter erhalten haben würde, abgeben; oder, wären außer ihnen keine Söhne und Töchter, ſondern nur Agnaten vorhanden, ſo ſollten ſie dieſen den vierten Theil der Erbſchaft überlaſſen. Dieſe Beſchränkungen indeſſen hat Juſtinian aufgehoben [2].

II. Die zweite Rubrik bezieht ſich auf die zweite Ordnung der XII Tafeln. Dahin gehört Folgendes:

1. Durch Conſtitutionen von Anaſtaſius und Juſtinian ward manchen bloßen Cognaten eine Stelle eingeräumt unter den Agnaten, d. h. ſie ſollten ſuccediren, gleich als ob ſie Agnaten wären, ungeachtet ſie es doch in der That nicht waren. Anaſtaſius verlieh dieſes Recht den emancipirten Geſchwiſtern; doch ſollten ſie im Fall der Concurrenz mit nicht emancipirten Geſchwiſtern weniger erhalten, als ohne Emancipation ihnen zu Theil geworden ſein würde [3]. Dieſe Beſchränkung hob Juſtinian indeſſen auf [4]. Ja er ging noch weiter: Er verſetzte, ohne Ausnahme, alle bloße Cognaten, ſobald ſie Geſchwiſter wären oder Söhne und Töchter von Geſchwiſtern, in die Ordnung der Agnaten [5].

1) Siehe L. 4. Th. C. d. legitim. hereditatib. V, 1. Dieſe Conſtitution iſt, wiewohl nicht vollſtändig, auch in den Juſtinianiſchen Codex aufgenommen, als L. 9. C. d. suis et legitim. etc. VI, 55.

2) In L. ult. C. d. suis et legitim. etc. VI, 55. (A. 528.) und Nov. 18. c. 4. Vergl. §. 15. 16. I. d. heredit. quae ab intest. def. III, 1.

3) pr. (al. §. 1.) I. d. succes. cognator. III, 5.

4) L. 15. §. 1. C. d. legitim. heredib. VI, 58. (A. 534.)

5) L. 14. §. 1. C. eod. (A. 531.) cit. L. 15. §. §. 2. 3. C. eod. §. 4. I. d. legit. agnator. succ. III, 2.

2. Juſtinian hob jenen Vorzug auf, den das frühere Recht den männlichen Agnaten vor den weiblichen eingeräumt hatte: Frauen ſollten fortan in der Ordnung der Agnaten mit den Männern ganz gleiche Rechte haben [6]).

3. Juſtinian führte in der Ordnung der Agnaten Successio graduum ein [7]).

4. Ferner gehört hieher L. 13. C. d. legitim. heredib. VI, 58., eine Verordnung Juſtinian's v. J. 532. n. Chr., die insbeſondere die Succeſſion in den Nachlaß emancipirter Perſonen betrifft. Der Inhalt der Conſtitution, auf den ich in der Folge, in den §. §. 925. und 927. wiederholt werde Bezug nehmen müſſen, iſt dieſer: Die Geſchwiſter ſollen dem Vater vorgehen; ſie ſollen in die Proprietät ſuccediren; der Vater ſoll nur den Nießbrauch haben. Was aber anbetrifft das Verhältniß der Geſchwiſter unter einander, ſo ſoll da, wo einige mit dem Verſtorbenen die Mutter gemein haben, andere nicht, das von der Mutter herrührende Vermögen jenen allein zufallen.

5. Noch iſt anzuführen Nov. 84. c. 1. §. 1. Hier verordnet Juſtinian, daß überall, wo vollbürtige Geſchwiſter und außerdem auch Halbgeſchwiſter vorhanden ſind, jene vor dieſen den Vorzug haben ſollen.

III. Ich wende mich nun zu der dritten Rubrik. Dieſe bezieht ſich auf das SCtum Tertullianum. Unter den Conſtitutionen aus der vorjuſtinianiſchen Zeit iſt beſonders bemerkenswerth eine Conſtitution von Conſtantin dem Großen, nämlich L. 1. Th. C. d. legitim. hereditatib. V, 1. v. J. 321. n. Chr. Vermittelſt dieſer Conſtitution ward das der Mutter nach dem Senatusconſult zuſtehende Succeſſionsrecht theils beſchränkt, theils erweitert: beſchränkt dadurch, daß fortan gewiſſe Collateralen, welchen die Mutter in Gemäßheit des Senatusconſults vorging, mit ihr zugleich zur Erbfolge zugelaſſen werden ſollten; erweitert dadurch, daß auch die Mutter, welche das Jus liberorum nicht hatte, ein Succeſſionsrecht er-

6) cit. L. 14. pr. C. d. legitim. heredib. VI, 58. § 3. I. d. legit. agnator. succ. III, 2.

7) L. 4. C. d. bonis libertor. et jure patronatus. VI, 4. §. 7. I. d. legit. agnator. succ. III, 2.

hielt, wenn ſchon nicht ganz in derſelben Art, wie diejenigen, welche das Jus liberorum beſaßen.

Juſtinian's Neuerungen in Beziehung auf das SCtum Tertullianum beſtehen in Folgendem:

1. Er hob allen Unterſchied auf zwiſchen einer Mutter, die das Jus liberorum hatte, und einer ſolchen, die daſſelbe entbehrte [8]).

2. Er verordnete, die Mutter ſolle mit den Geſchwiſtern, und dieſe mit ihr concurriren, ohne Unterſchied, ob die Geſchwiſter Brüder wären oder Schweſtern, und ferner, ohne Unterſchied, ob ſie Fratres et sorores consanguinei wären, oder Geſchwiſter durch bloße Cognation. Wären bloß Brüder vorhanden, oder Brüder und Schweſtern, ſo ſolle die Mutter einen Kopftheil erhalten; wären dagegen die concurrirenden Geſchwiſter insgeſammt Schweſtern, ſo ſolle die Mutter, nach Maßgabe des Senatusconſults, allezeit eine Halbſchied erhalten. Allen übrigen Collateralen ſolle die Mutter ſchlechthin vorgehen [9]). Dadurch wurden denn die widerſtreitenden Beſtimmungen der vorhin erwähnten Conſtantiniſchen Conſtitution aufgehoben.

Außer dem eben Angeführten enthält nun eben jene Conſtitution Juſtinian's [10]) noch etwas, worauf ich im §. 925. werde Bezug nehmen müſſen. Nämlich auf eine ganz eigenthümliche Weiſe beſtimmt Juſtinian den Fall, da neben der Mutter nicht nur Geſchwiſter am Leben ſind, ſondern auch der Vater. Hier ſollen in die Proprietät die Geſchwiſter allein ſuccediren; den Nießbrauch von 2/3 des Nachlaſſes aber ſollen Vater und Mutter gemeinſchaftlich haben.

3. In der Nov. 22. c. 47. §. 2. fügte Juſtinian den früheren Abänderungen noch dieſe hinzu: Auch wenn die Mutter bloß mit Schweſtern concurrire, ſolle ſie auf einen Kopftheil beſchränkt ſein.

IV. Es bleibt jetzt nur noch die vierte Rubrik übrig, welche ſich auf das SCtum Orphitianum bezieht.

8) L. 2. C. d. jure liberorum. VIII, 59. (A. 528.) §. 4. I. d. SCto Tertull III, 3.

9) Dies Alles verordnete Juſtinian in der L. ult. C. ad SCtum Tertull. VI, 56. (A. 528.) Vergl. §. 5. I. eod.

10) cit. L. ult. §. 1. C. eod.

Auch hieher gehört jene Conſtitution von **Valentinian II.**, deren ich unter der erſten Rubrik gedacht habe. (S. Note 1.) Nämlich jene Conſtitution ſprach nicht bloß von den Deſcendenten eines Mannes, ſondern ſie ſetzte außerdem auch noch dieſes feſt, daß Enkel und Enkelinnen ihrer Großmutter ſuccediren ſollten, jedoch mit gewiſſen Beſchränkungen, die ſpäterhin Juſtinian aufgehoben hat, in denſelben Conſtitutionen, die ebenfalls ſchon unter der erſten Rubrik allegirt worden ſind [11]).

Ferner bezieht ſich auf das SCtum Orphitianum die **L. 5. C. ad SCtum Orphit. VI, 57.** v. J. 528. n. Chr. Das Senatusconſult machte durchaus keinen Unterſchied zwiſchen ehelichen und unehelichen Kindern. In der gedachten Conſtitution aber hat Juſtinian Folgendes verordnet: Wenn eine **Mulier illustris**, d. h. eine Frau von ſo hohem Range, daß ihr das Prädicat »**illustris**« zukommt, eheliche und zugleich uneheliche Kinder hinterläßt — ſo ſollen die unehelichen Kinder von der Succeſſion gänzlich ausgeſchloſſen ſein. Als Grund führt Juſtinian die Rückſicht an, die man dem Rufe ſo vornehmer Leute ſchuldig ſei!

§. 914.

B. Inteſtaterbfolge in den Nachlaß eines Solchen, welcher unter väterlicher Gewalt ſteht.

Von einer Erbfolge dieſer Art findet ſich in dem Römiſchen Rechte vor der Periode der chriſtlichen Kaiſer keine Spur. Erſt unter Theodoſius II. und Valentinian III. finden ſich die ſpäterhin weiter ausgebildeten Anfänge zu einer eigenen Erbfolgeordnung in Beziehung auf die Adventitien der unter väterlicher Gewalt ſtehenden Kinder [1]).

Unter den ſpäteren Kaiſern wurde dies weiter ausgebildet [2]), und das Reſultat aus allen dieſen Verordnungen iſt folgendes:

11) S. Note 2. und vergl. §. 1. I. d. SCto Orphit. III, 4.

1) Siehe L. 3. C. d. bon. matern. VI, 61. (Théodosius et Valentinianus.) (A. 429.)

2) Vgl. L. 4. C. eod. (Leo et Anthemius.) (A. 469.) Von Juſtinian rühren her: L. ult. §. 1. C. ad SCtum Tertull. VI, 56. (A. 528.) L. ult. C. communia de successionib. VI, 59. (A. 529.) L. 6. §. 1. C. d. bon. matern. VI, 61. (A. 529.)

Bei dem Tode eines Kindes unter väterlicher Gewalt gebührt die Proprietät der Adventitien zuerſt den Deſcendenten des Kindes, in Ermangelung dieſer den Geſchwiſtern, unter welchen jedoch die vollbürtigen den halbbürtigen vorgehen, und mit welchen die Mutter concurrirt; dann erſt kommt der Vater. Der Usus fructus dagegen verbleibt dem Vater in jedem Falle.

Auf dieſe Weiſe verhielt es ſich in Anſehung der Adventitien. Aus einer Stelle der Juſtinianiſchen Inſtitutionen ſehen wir indeſſen, daß dieſe in Hinſicht der Adventitien Statt findende Succeſſionsordnung in einer gewiſſen Maſſe auch auf das **Castrense peculium** eines in väterlicher Gewalt ſtehenden Kindes übertragen wurde. Nämlich auch hier räumte man den Deſcendenten und Geſchwiſtern ein Recht der Inteſtaterbfolge ein, und erſt in Ermangelung dieſer Perſonen ſah man das **Peculium** an, als dem Vater verfallen [3]). Und ohne Zweifel galt daſſelbe auch in Beziehung auf das **Peculium quasi castrense**.

III. Von der Inteſtaterbfolge auf den Grund der Novellen 118 und 127.

A. Einleitung. (§. §. 915—917.)

§. 915.

A. Princip des neuen Syſtems.

Das neue Syſtem iſt ganz auf das Princip der Verwandtſchaft gebauet; und zwar dergeſtalt, daß die Agnation vor der bloßen Cognation nicht den mindeſten Vorzug gewährt [1]). Uebrigens zeigt ſich hierin nur eine conſequente Verallgemeinerung einer Anſicht, die, im Einzelnen, ſchon früher ſo manche Abweichung von dem älteren Syſteme herbeigeführt hatte. — Ferner haben nach dem neuen Syſteme Frauen dieſelben Succeſſionsrechte, wie Männer [2]). — Endlich ſollen nunmehr bei

3) Siehe pr. I. quib. non est c. 4. coll. c. 3. permiss. test. fac. II, 12.

1) Siehe insbeſondere Nov. 118. cit.

2) Siehe wieder Nov. 118. c. 4.

der Beerbung ſolcher Perſonen, die in väterlicher Gewalt ſtehen, im Weſentlichen dieſelben Grundſätze gelten, wie bei der Beerbung unabhängiger Perſonen [3]).

So viele Unterſchiede alſo fallen weg in dem neuen Syſteme, welche früher für die Erbfolge von der größten Wichtigkeit waren. Dagegen iſt der Unterſchied zwiſchen vollbürtiger und halbbürtiger Verwandtſchaft, dem Juſtinian ſchon vor der Nov. 118. Einfluß auf die Inteſtaterbfolge gegeben hatte, auch für das neue Syſtem von Bedeutung; ja er iſt für dieſes von noch größerer Bedeutung, als für das frühere Recht der Inteſtaterbfolge — wie ſich weiterhin zeigen wird.

§. 916.

B. Aeußeres Verhältniß der Novelle 118. zu den früheren Beſtimmungen über die Inteſtaterbfolge.

In der **Praefatio** der Nov. 118. heißt es: Die mancherlei in älterer Zeit promulgirten Geſetze hätten bei der Inteſtaterbfolge einen ungerechten Unterſchied gemacht zwiſchen Verwandten durch Männer und Verwandten durch Frauen. Deshalb ſei es nothwendig geworden in dem gegenwärtigen Geſetze für das geſammte Recht der Inteſtaterbfolge auf den Grund der Verwandtſchaft neue Beſtimmungen aufzuſtellen. Mit Beiſeiteſetzung der früheren Geſetze über dieſen Gegenſtand ſolle fortan nur dasjenige gelten, was gegenwärtig verordnet werde.

Dieſemnach müſſen wir als aufgehoben betrachten alle Beſtimmungen des früheren Civilrechts, welche mit den in der Nov. 118. an gewiſſe Verwandtſchaftsverhältniſſe geknüpften Succeſſionsrechten im Widerſpruche ſtehen. So ſuccedirt z. B. die Mutter jetzt nicht mehr in Gemäßheit des **SCti Tertulliani**, ſondern nach den davon weſentlich verſchiedenen Beſtimmungen der Nov. 118. Und eben ſo ſuccedirt der Vater ſeinem emancipirten Kinde nicht mehr in der Eigenſchaft eines Patrons, ſondern als Vater: durch die Novelle iſt das an den ehemaligen

3) Nov. 118. c. 1. c. 2.

Quaſi-Patronat geknüpfte Succeſſionsrecht des Vaters auf das zwiſchen dem Vater und ſeinem Kinde obwaltende Verwandtſchaftsverhältniß gleichſam übertragen u. ſ. w.

Dagegen gelten fortdauernd alle diejenigen in dem früheren Civilrechte gegründeten Succeſſionsrechte, welche weder an ſich eine Beziehung auf Verwandtſchaft haben, noch auch durch die Novelle auf die Verwandtſchaft übertragen ſind. Ja es gelten fernerhin auch die auf das Succeſſionsrecht wegen Verwandtſchaft ſich beziehenden Beſtimmungen des früheren Civilrechts, inwieweit ſie dem Inhalte der Novelle nicht widerſtreiten, und ſonach alſo mit dieſer zu vereinigen ſind. Dahin gehört Folgendes:

Erſtens muß als geltend auch noch nach der Novelle betrachtet werden die in der L. 5. C. ad SCtum Orphit. VI, 57. enthaltene Verordnung Juſtinian's über die Ausſchließung unehelicher Kinder von der Erbfolge in den Nachlaß einer Mulier illustris. (Vgl. §. 913. IV. a. E.) Denn der Grund der Verordnung, nämlich die Rückſicht auf den Rang und den Ruf der Verſtorbenen, ſteht mit den Motiven der Novelle nicht in Widerſpruch.

Zweitens iſt durch die Nov. 118. das auf die Vorausſetzung des Concubinats gegründete, durch frühere Juſtinianiſche Novellen eingeführte, eigenthümliche Recht der Inteſtaterbfolge, wovon das Nähere im §. 930. vorkommen wird, nicht aufgehoben; und zwar um deswillen nicht: Juſtinian ſetzt in der Nov. 118. durchweg eine im Allgemeinen juriſtiſch anerkannte Verwandtſchaft voraus; inwieweit dieſe ein Recht der Inteſtaterbfolge geben ſolle, das will er beſtimmen. Von dieſer Art aber iſt die Verwandtſchaft eines Mannes mit den von ihm im Concubinat erzeugten Kindern nicht. Das von Juſtinian mit dieſer Verwandtſchaft früher verknüpfte Succeſſionsrecht iſt alſo etwas Singuläres, was außer dem Umfange der Nov. 118. liegt.

Was nun aber das Verhältniß der Nov. 118. zu dem Syſtem der Bonorum possessio betrifft, ſo behalte ich mir vor, dieſes in dem Abſchnitte von der prätoriſchen Erbfolge auseinanderzuſetzen. §. 994.

§. 917.

C. Ueberſicht über die Ordnungen des neuen Syſtems.

Juſtinian vertheilt in der Nov. 118. die Verwandten in drei Ordnungen:

Die erſte Ordnung iſt die der Deſcendenten [1];

Die zweite, iſt die der Aſcendenten, mit denen jedoch die vorhandenen vollbürtigen Geſchwiſter concurriren [2].

Sind nun aber weder Deſcendenten, noch Aſcendenten da, welche den Verſtorbenen beerben, dann, ſagt Juſtinian, kommt die dritte Ordnung an die Reihe, in welcher die Collateralen zur Succeſſion gelangen [3].

Dieſe dritte Ordnung zerfällt wieder in drei Unterabtheilungen:

In der erſten finden die vollbürtigen, in der zweiten die halbbürtigen Geſchwiſter ihre Stelle. So werden im Eingange des dritten Kapitels beide Unterabtheilungen bezeichnet. Im weiteren Verfolge des Kapitels ſetzt nun aber Juſtinian noch ferner Folgendes feſt: Söhne und Töchter verſtorbener Geſchwiſter ſollen in die Stelle treten ihres verſtorbenen Vaters oder ihrer verſtorbenen Mutter; — dieſemnach ſollen ſie, wenn ſie vollbürtiger Geſchwiſter Kinder ſind in der erſten, außerdem in der zweiten Unterabtheilung der dritten Ordnung zur Succeſſion gelangen. Zugleich indeſſen bevorwortet Juſtinian ausdrücklich, daß die Kinder von Geſchwiſtern, auch wenn ſie vollbürtiger Geſchwiſter Kinder ſind, mit Aſcendenten niemals concurriren, nie alſo in der zweiten Ordnung ihre Stelle finden ſollen.

In der dritten Unterabtheilung der dritten Ordnung werden alle übrigen Collateralen zur Erbfolge berufen [4].

Aus dem Geſagten nun ergibt ſich: Wenn wir die einzelnen Unterabtheilungen der dritten Ordnung als eben ſo viele ſelbſtſtändige Ordnungen anſehen wollen, ſo kommen im Ganzen fünf Ordnungen heraus. Nämlich:

1) Nov. 118. praef. i. f. et c. 1.
2) Nov. 118. c. 2.
3) Nov. 118. c. 2. i. f.
4) Nov. 118. c. 3. §. 1.

I. Deſcendenten.

II. Aſcendenten und vollbürtige Geſchwiſter:

III. Vollbürtige Geſchwiſter und vollbürtiger Geſchwiſter Söhne und Töchter.

IV. Halbbürtige Geſchwiſter und halbbürtiger Geſchwiſter Söhne und Töchter.

V. Alle übrigen Collateralen.

Von dieſen fünf Ordnungen ſind nun aber in der Folge durch die Nov. 127. zwei zu Einer zuſammengeſchmolzen. Nämlich in dem Cap. 1. dieſer Novelle hat Juſtinian verordnet, daß verſtorbener vollbürtiger Geſchwiſter Söhne und Töchter durch die Aſcendenten des Erblaſſers nicht mehr ausgeſchloſſen, ſondern mit dieſen und den noch lebenden vollbürtigen Geſchwiſtern zugleich zur Erbfolge zugelaſſen werden ſollen. Hiernach aber fällt der Unterſchied zwiſchen der zweiten und dritten Ordnung weg. Beide werden zu Einer Ordnung, und ſo haben wir denn nun im Ganzen nicht mehr fünf, ſondern nur vier Ordnungen. Dieſe vier Ordnungen nämlich ſind folgende:

I. Deſcendenten.

II. Aſcendenten, vollbürtige Geſchwiſter, vollbürtiger Geſchwiſter Söhne und Töchter.

III. Halbbürtige Geſchwiſter, halbbürtiger Geſchwiſter Söhne und Töchter.

IV. Uebrige Collateralen.

Außerdem iſt nun noch in Beziehung auf die verſchiedenen Ordnungen im Allgemeinen Folgendes zu bemerken:

1. Die erſte, dritte und vierte Ordnung kommen darin überein mit einander, daß in jeder nur ſolche Perſonen zur Succeſſion berufen ſind, welche zu einerlei Linie gehören. In der zweiten aber ſuccediren neben einander Perſonen aus verſchiedenen Linien.

2. In den erſten drei Ordnungen können neben einander Perſonen ſuccediren, die mit dem Verſtorbenen in ganz verſchiedenem Grade verwandt ſind. Nicht ſo in der vierten: hier können Mehre zugleich nur dann ſuccediren, wenn ſie dem Verſtorbenen, dem Grade nach, gleich nahe ſind.

3. Ungeachtet in den erſten drei Ordnungen Perſonen aus verſchiedenen Graden zugleich zur Succeſſion gelangen können, ſo iſt doch auch in ihnen die Nähe des Grades keineswegs etwas Gleichgültiges. Nämlich in der erſten Ordnung ſchließen die dem Grade nach näheren Deſcendenten wenigſtens diejenigen entfernteren aus, welche von ihnen ſelbſt abſtammen. Eben ſo ſchließen in der zweiten und dritten Ordnung Geſchwiſter ihre eigenen Söhne und Töchter aus. Was aber in der zweiten Ordnung die Aſcendenten betrifft — ſo gibt unter dieſen die Nähe des Grades ſogar einen abſoluten Vorzug, d. h. nähere Aſcendenten ſchließen nicht bloß diejenigen entfernteren Aſcendenten aus, von welchen ſie ſelbſt abſtammen, ſondern überhaupt alle. Der weitere Verfolg wird das Nähere zeigen.

In der folgenden Abtheilung B. dieſes Abſchnittes ſoll nun noch von jeder der vier Ordnungen im Einzelnen gehandelt werden, in der letzten Abtheilung C. aber werden wir wieder auf einen, den verſchiedenen Ordnungen gemeinſamen Gegenſtand kommen, nämlich auf die Succeſſion der Ordnungen und der Grade.

Was die einzelnen Ordnungen betrifft, ſo werden folgende Fragen bei einer jeden zu beantworten ſein:

1. Wer ſuccedirt? und

2. Wie wird unter mehren gleichzeitig Succedirenden die Erbſchaft vertheilt?

Bei der erſten Frage wird es wieder jederzeit auf zwei Punkte ankommen: Nämlich vor Allem muß man wiſſen, welche Perſonen überhaupt in der Ordnung, von welcher gerade die Rede iſt, ihre Stelle finden. Sodann aber kommt es ferner darauf an, das Verhältniß dieſer mehren Perſonen zu einander kennen zu lernen, ob ſie gleiche Rechte haben, oder einander theils vorgehen, theils nachſtehen.

Dies iſt etwas, worauf bei jeder Ordnung Rückſicht zu nehmen ſein wird. In Bezug auf die erſte und zweite Ordnung wird nun außerdem noch eine dieſen Ordnungen eigenthümliche Frage zu berückſichtigen ſein, die Frage nämlich, ob

und inwieweit die Succeſſion die bloße Proprietät, oder mit der Proprietät zugleich den Nießbrauch gewährt.

B. Von den verſchiedenen Ordnungen der Inteſtaterben im Einzelnen. (§. §. 918—928.)

A. Erſte Ordnung. (§. §. 918—921.)

NOV. 118. c. 1.

a. Wer ſuccedirt? (§. §. 918. 919.)

§. 918.

α. Von den in dieſe Ordnung gehörigen Perſonen an und für ſich.

Es ſind Deſcendenten, welche in dieſer Ordnung ihre Stelle finden — alſo die Kinder des Verſtorbenen, wenn wir das Wort Kinder in jener allgemeinen Bedeutung nehmen, in welcher es nicht bloß auf Söhne und Töchter beſchränkt iſt.

Dabei müſſen wir nun aber unterſcheiden zwiſchen legitimen und illegitimen Kindern.

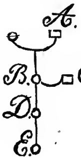
I. Zuerſt von den legitimen Kindern.

Dieſe können leibliche Kinder ſein, aber auch Kinder durch Adoption.

A. Unter den leiblichen Kindern macht es keinen Unterſchied, ob ſie legitim geboren oder legitimirt, und, wenn von der Beerbung eines Mannes die Rede iſt, ob ſie deſſen Gewalt unterworfen ſind, oder nicht.

B. Bei den Adoptivkindern darf der Umſtand nicht überſehen werden, daß es außer der wahren und eigentlichen Adoption auch eine uneigentliche gibt.

1. Wir wollen zuerſt den Fall ſetzen einer eigentlichen Adoption. Bei einer ſolchen iſt der Erfolg dieſer, daß der Adoptirte dem Adoptirenden und allen Agnaten deſſelben agnaſcirt, und eben dadurch verwandt wird — nicht aber der Frau des Adoptirenden, und eben ſo wenig den bloßen Cognaten deſſelben. (Vergl. oben §. 54. Note 5.; desgl. §. 720. IV, 2.) Denken wir uns daher folgendes Beiſpiel:



B. adoptirt den D. Hier wird D. Sohn des B.; und zeugt er ſelbſt wieder einen Sohn E., ſo wird dieſer Enkel des B.; beide alſo werden bei der Beerbung des B. in der Ordnung der Deſcendenten ihre Stelle finden. Dagegen der Frau des B., der C., ſind D. und E. gar nicht verwandt — eben ſo wenig der A., der Mutter des B. Dieſen Perſonen können ſie daher auch ab intestato nicht ſuccediren.

Und ferner iſt zu erwägen: D. und E. hören auf, dem B. verwandt zu ſein, ſobald ſie emancipirt, oder in adoptionem gegeben werden. Jetzt alſo werden ſie auch nicht einmal ihm, dem B., ſuccediren.

2. Die uneigentliche Adoption kommt in einer doppelten Beziehung vor:

Zuerſt gehört dahin der Fall, da der leibliche Vater ſein Kind an einen Extraneus in adoptionem gibt. Eine ſolche Adoption iſt von höchſt beſchränkter Wirkung. Sie bewirkt weiter nichts, als nur eben dies, daß der Adoptirte dem Adoptirenden ab intestato ſuccedirt [1]). Die beiderſeitigen Verwandten bleiben einander fremd. Vgl. §. 721.

Der zweite hieher gehörige Fall iſt, da Jemand ausnahmsweiſe und gegen die Regel von einer Frau an Kindes Statt angenommen iſt. — Ueber die Wirkungen einer ſolchen Adoption haben wir nur Eine Stelle, nämlich die L. 5. C. de adopt. VIII, 48. Die Stelle enthält ein Reſcript, durch welches der Bitte einer Frau, ihren Stiefſohn an Kindes Statt annehmen

1) L. 10. §. 1. C. d. adoptionib. VIII, 48.

zu dürfen, in folgenden terminis gewillfahrt wird: »annuimus votis tuis . . . . et eum«, nämlich den zu Adoptirenden »perinde, atque ex te progenitum, ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus.« Hiernach ſcheint es nun, daß der von einer Frau Adoptirte ganz ſo angeſehen werden müſſe, wie wenn er ein legitimes leibliches Kind der Adoptirenden wäre. Man pflegt jedoch die Worte nicht in dieſer Ausdehnung zu nehmen, ſondern ſie ſo zu interpretiren, der Adoptirte trete nur zu der Adoptirenden ſelbſt in ein Verwandtſchaftsverhältniß, und könne daher auch nur, wenn von ihrem Nachlaſſe die Rede ſei, in der Ordnung der Deſcendenten ſeine Stelle finden. (Vgl. §. 720. III, 2. und IV a. E.)

Nun muß ich aber noch in Bezug auf Adoptivkinder überhaupt darauf beſonders aufmerkſam machen, daß die Adoption die Succeſſionsrechte des Adoptirten hinſichtlich der leiblichen Aeltern nicht aufhebt. Adoptirte haben als Deſcendenten ein doppeltes Succeſſionsrecht: ſie ſuccediren ihren Adoptivältern, und zugleich auch ihren leiblichen Aeltern.

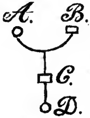
Einige Neuere ſind allerdings der Meinung, daß arrogirte Kinder, und ſolche, welche auf eine vollgültige Weiſe in adoptionem gegeben ſind, ihren leiblichen Vater auch nach der Nov. 118. nicht beerben, ſobald ſie ſich bei deſſen Tode noch in adoptiva familia befinden. Dieſe Meinung iſt aber ganz und gar irrig. Und mit Recht ſind weit die meiſten Rechtsgelehrten der entgegengeſetzten Meinung [2]).

II. Es iſt bisher die Rede geweſen von legitimen Kindern. Aber es gehören in die Ordnung der Deſcendenten auch uneheliche Kinder, wiewohl nicht ſchlechthin: Nämlich, der allgemeine Grundſatz für alle Ordnungen und in allen Beziehungen iſt dieſer: die Paternität muß jederzeit eine legitime ſein, ſonſt kann ſie gar nicht beachtet werden; die Maternität aber darf auch eine uneheliche ſein. Daher werden denn nun uneheliche Kinder ihrem Vater nicht ſuccediren — wohl aber ihrer Mutter, und ſo auch den mütterlichen

2) Ausführlich handelt von dieſem Gegenſtande Glück, Lehre von der Inteſtaterbfolge. §. §. 158. 159. S. 602 — 611. der 2ten Ausg.

Aſcendenten, inwieweit der eben aufgeſtellte Grundſatz es geſtattet.

z. B.



D. iſt ein unehelicher Sohn der C. Setzen wir nun, die C. ſelbſt iſt eine legitime Tochter des A. und der B.; ſo wird D. mit eben dem Rechte dem A. ſuccediren, wie der B. Iſt dagegen die C. eine uneheliche Tochter des A. und der B.; ſo kann D. zwar der B. ſuccediren, nicht aber dem A.

In Einem Falle ſind nun aber nach Juſtinianiſchem Rechte uneheliche Kinder ausgeſchloſſen auch von der Erbfolge in den Nachlaß der Mutter, nämlich in dem ſchon öfters berührten Falle, da eine Mulier illustris neben legitimen Deſcendenten auch illegitime hat [3]). Heutiges Tages fällt dieſe Ausnahme weg [4]).

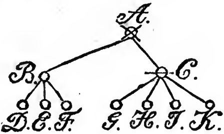
§. 919.

β. Von dem Verhältniſſe derſelben unter einander.

Sind die vorhandenen Deſcendenten mit dem Verſtorbenen in verſchiedenen Graden verwandt, ſo geht der dem Grade nach Nähere denjenigen Entfernteren vor, welche von ihm ſelbſt abſtammen, nicht aber den Uebrigen. Einen abſoluten Vorzug gewährt die Nähe des Grades nicht. Nur dieſes iſt es, was Juſtinian ſagen will, wenn es in dem Cap. 1. der Nov. 118. heißt: »In hoc . . . ordine gradum requiri nolumus.« Daß damit nicht geſagt werden ſoll, es komme in dieſer Ordnung auf den Grad überall gar nicht an, ſondern, daß die Meinung nur eben dieſe iſt, der Grad ſolle hier keinen abſoluten

3) L. 5. C. ad SCtum Orphit. und §. 916.
VI, 57. Vgl. §. 913. IV a. E. 4) S. Glück a. a. O. §. 138.

Vorzug gewähren, und es ſolle daher geſchehen können, daß Perſonen aus verſchiedenen Graden zugleich zur Succeſſion gelangen, das ergibt ſich auf das Beſtimmteſte ſowohl aus demjenigen, was den angeführten Worten vorangeht, als aus demjenigen, was darauf folgt. Juſtinian hat in der hier berührten Beziehung an dem älteren Rechte nichts geändert: der Perſonen, welche in dieſer erſten Ordnung im Allgemeinen zur Succeſſion berufen werden, ſind mehr, als nach dem älteren Rechte; aber das Verhältniß, in dem die Berufenen zu einander ſtehen, iſt daſſelbe. Ein Beiſpiel wird dies erläutern:



A. ſtirbt mit Hinterlaſſung eines Sohnes B., und mehrer Enkel durch eben dieſen B., nämlich D. E. F. Außerdem ſind nun aber auch noch Enkel da durch einen bereits verſtorbenen Sohn C., nämlich G. H. I. K. Hier wird B. ſeines Bruders Kinder, ungeachtet ſie einen Grad weiter ſtehen als er, nicht ausſchließen, wohl aber ſeine eigenen Kinder.

§. 920.

b. Wie wird unter mehrere gleichzeitig Succedirende die Erbſchaft vertheilt?

Auch hier iſt Juſtinian ganz bei dem älteren Rechte geblieben. Nämlich: Concurriren nur Kinder des erſten Grades, ſo wird die Erbſchaft nach Köpfen getheilt. Eben ſo, wenn etwa nur Enkel zur Succeſſion gelangen, ſolche aber, welche insgeſammt von einem und demſelben Sohne, oder von einer und derſelben Tochter abſtammen u. ſ. w. Sind aber die zugleich Succedirenden theils Kinder des erſten, theils Kinder des

zweiten, oder eines noch entfernteren Grades — dann wird die Erbſchaft nach Stämmen vertheilt, d. h. die Entfernteren erhalten ſo viel von der Erbſchaft, als die Näheren erhalten haben würden, von denen ſie abſtammen. Eben dieſes Verfahren wird auch da beobachtet werden, wo die Succedirenden insgeſammt entferntere Deſcendenten ſind, aber ſolche, welche von verſchiedenen näheren Perſonen abſtammen.

§. 921.

c. Ueber den, den Aeltern in der Novelle 118. vorbehaltenen Nießbrauch.

Nach dem Cap. 1. der Nov. 118. ſollen die Deſcendenten des Verſtorbenen vor den Aſcendenten deſſelben jederzeit den Vorrang haben: ſelbſt wenn der zu Beerbende noch in väterlicher Gewalt war: doch ſollen in keinem Falle die Aeltern in dem ihnen gebührenden Rechte des Nießbrauchs benachtheiligt werden. Vielmehr ſollen die früheren geſetzlichen Beſtimmungen ſowohl in Bezug auf den den Aeltern erſt zu erwerbenden, als in Beziehung auf den ihnen bereits zuſtändigen und zu erhaltenden Nießbrauch auch noch fernerhin gelten.

Es fragt ſich alſo:

I. Was iſt das für ein Nießbrauch, welcher nach wie vor erworben werden ſoll — und

II. Was hat es mit dem Nießbrauch für eine Bewandtniß, welcher als bereits vorhanden geſetzt wird?

I.

Hier müſſen wir uns den zu Beerbenden immer als einen Homo sui juris denken.

Was aber die den Verſtorbenen beerbenden Deſcendenten betrifft, ſo können wir einen dreifachen Fall ſetzen:

A. Die Succedirenden ſind insgeſammt in patria potestate.

Indem die Erbſchaft zu einem Stücke des Peculium adventitium der Succedirenden wird, ſo gebührt natürlich der Nießbrauch derſelben demjenigen, in deſſen väterlicher Gewalt

ſie, die Succedirenden, ſich befinden. — Z. B.: A. hat einen Sohn B., und durch dieſen zwei Enkel C. D. Den B. emancipirt er, C. und D. behält er in ſeiner Gewalt. B. ſtirbt, C. und D. beerben ihn. Hier erhalten ſie die Proprietät, der Großvater A. dagegen den Nießbrauch der Erbſchaftsgegenſtände.

B. Die Succedirenden ſind insgeſammt sui juris.

Hieher gehört die L. 3. C. de bonis maternis etc. VI, 60., aus der Zeit von Theodoſius II. v. J. 426. In dieſer Conſtitution, inwieweit ſie dieſes Orts iſt, ſind folgende Beſtimmungen enthalten:

a. Wenn emancipirte Söhne oder Töchter ihre Mutter beerben, ſo erwirbt der Vater, von welchem ſie emancipirt ſind, den Nießbrauch an einem Kopftheil der den Kindern zugefallenen mütterlichen Erbſchaft [1]). Iſt alſo nur Ein emancipirtes Kind vorhanden, welches ſeine Mutter beerbt hat, ſo ſteht dem Vater der Nießbrauch an einer Hälfte zu; ſind der Kinder zwei, ſo erhält der Vater den Nießbrauch an 1/3 u. ſ. w.

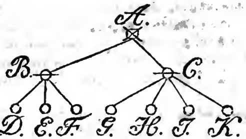
b. Wenn Enkel, welche der Gewalt des Großvaters nicht unterworfen ſind, ihre Großmutter beerben, ſo ſoll der Großvater ebenfalls den Nießbrauch an einem Kopftheil der Erbſchaft haben; es ſei nun, daß dieſe Enkel durch Emancipation aufgehört haben, der Gewalt des Großvaters unterworfen zu ſein, oder auch, daß ſie derſelben nie und zu keiner Zeit unterworfen geweſen ſind — z. B., wenn die Enkel ſolche ſind, welche als Enkel von einem emancipirten Sohne erſt nach erfolgter Emancipation gezeugt ſind, oder aber als Enkel von einer Tochter nie in des Großvaters Gewalt geſtanden haben [2]).

Uebrigens kann hier über die Beſtimmung der Portio virilis, an welcher der Großvater den Nießbrauch haben ſoll, in dem Falle Zweifel entſtehen, wo die Enkel zu verſchiedenen Stämmen gehören.

1) cit. L. 3. pr. C. d. bon. maternis etc. VI, 60.

2) cit. L. 3. §. 3. C. eod.

3. B.



Die A. hat einen Sohn B. und einen Sohn C. gehabt. Beide ſind vor ihr verſtorben, B. mit Hinterlaſſung von drei Enkeln D. E. F., C. mit Hinterlaſſung von vier Enkeln G. H. I. K.

Hier ſind nun dreierlei Annahmen möglich:

1. Man könnte denken, die Enkel müßten zuſammengezählt werden — und der Großvater erhielte demnach den Nießbrauch an 1/8 der Erbſchaft. Das iſt aber ſchwerlich die Meinung des Geſetzes.

2. Man könnte ſo argumentiren: Wäre B. und C. am Leben, ſo bekäme der Großvater den Nießbrauch an 1/3 — dieſen muß er auch jetzt erhalten; er wird den Nießbrauch haben an einem Drittel der auf D. E. und F. fallenden Hälfte der Erbſchaft, und ferner ein Drittel von der auf G. H. I. und K. fallenden Hälfte. Allein das kann die Meinung des Geſetzes nicht ſein. Denn das iſt nach dem Geſetze ganz klar: Wo nur Enkel Eines Stammes da ſind, da werden die Enkel gezählt — und darnach wird der Antheil für den Nießbrauch des Großvaters beſtimmt. Der Großvater z. B. erhält, wenn der Enkel vier ſind, nicht den Nießbrauch an einer Hälfte, wie der Fall ſein würde, wenn der Vater dieſer Enkel noch lebte, ſondern er erhält den Nießbrauch an 1/5. Wenn aber die Köpfe der Enkel gezählt werden in dieſem Falle, ſo müſſen ſie auch gezählt werden da, wo mehre Stämme vorhanden ſind — und ſonach bleibt uns noch

3. folgende Art der Berechnung übrig: Der Großvater erhält an jedem Stammtheile den Nießbrauch eines Kopftheils — bei jedem Stammtheile muß die Berechnung beſon-

ders angelegt werden. Alſo in unſerm Beiſpiele: Bei der Hälfte der Enkel D. E. F. erhält er den Nießbrauch von 1/4; bei der Hälfte der Enkel G. H. I. K. den Nießbrauch von 1/5 [3]).

c. Die Beſtimmungen in Betreff der Enkel ſollen Anwendung finden auch auf Urenkel [4]).

C. Einige der Succedirenden ſind sui juris, Andere in potestate.

Auch hieher gehört die angeführte L. 3. C. de bonis maternis etc. VI, 60. Nämlich: denken wir uns, daß Kinder ihre Mutter beerben, und daß unter dieſen einige emancipirt und ſonach sui juris ſind, während andere ſich noch in der Gewalt ihres Vaters befinden. Hier erhält der Vater den Nießbrauch des ganzen Antheils, welcher den ſeiner Gewalt unterworfenen Kindern zufällt. Denn dieſer ganze Antheil gehört zu dem Peculium adventitium dieſer Kinder. Was aber den Antheil der ſeiner Gewalt nicht unterworfenen Kinder betrifft, ſo muß er ſich hier mit dem Nießbrauch an einem Kopftheil begnügen [5]). Z. B. es ſind überhaupt drei Kinder da; zwei, nämlich A. und B., ſind noch in des Vaters Gewalt, das dritte, C., iſt emancipirt. Hier erhält der Vater den Nießbrauch an den vollen 2/3, welche auf A. und B. kommen — bei dem Drittel des C. aber iſt ſein Nießbrauch auf die Hälfte des Drittels beſchränkt.

Was ich hier von Kindern des erſten Grades geſagt habe, das iſt auf Enkel und Urenkel analoger Weiſe anzuwenden [6]).

II.

Wir wollen denjenigen, von deſſen Nießbrauch die Rede iſt, A., den zu Beerbenden B. nennen.

Denken wir uns nun zuerſt — der B. iſt bei ſeinem Tode in der väterlichen Gewalt des A. Ungeachtet auch in dieſem Falle des B. Deſcendenten diejenigen ſind, die ihn beerben, ſo wird dennoch A. den Nießbrauch, den er an dem Peculium adventitium des B. bisher hatte, behalten. Ob die den B. beerbenden Deſcendenten ihrer Seits ebenfalls noch in väterlicher

3) Siehe Glück, Lehre von der Inteſtaterbfolge. §. 84.
4) cit. L. 3. §. 4. C. eod.
5) cit. L. 3. §. 1. C. eod.
6) cit. L. 3. §. §. 3. 4. C. eod.

Gewalt ſtehen, oder ob ſie **sui juris** ſind, iſt gleichgültig. — Nun aber wollen wir

zweitens annehmen, **B.** iſt bei ſeinem Tode **sui juris.** Hier iſt wieder ein doppelter Fall möglich:

a. Es kann ſein, der **B.** iſt von dem **A.**, in deſſen väterlicher Gewalt er ſich früherhin befand, emancipirt worden. Nun gebührt bekanntlich dem Emancipator als **Praemium emancipationis** der Nießbrauch an der Hälfte des dem Emancipirten zuſtändig geweſenen **Peculium adventitium**: Vor der Emancipation hatte er den Nießbrauch des Ganzen; nach der Emancipation verbleibt ihm der Nießbrauch an einer Hälfte [7]). Dieſes **Praemium emancipationis** nun verliert der Emancipator dadurch nicht, daß der Emancipirte ſtirbt, und von ſeinen Kindern beerbt wird, — alſo in unſerem Beiſpiele wird **A.** den Nießbrauch an der Hälfte desjenigen, was einſt das **Peculium adventitium** des **B.** ausmachte, fortſetzen.

b. Der andere Fall, der hier in Betracht kommt, iſt folgender: Es kann ſein, **B.** hat ſeine Mutter oder ſeine Großmutter u. ſ. w. beerbt, und, in Gemäßheit der vorhin angeführten **L. 3. pr. C. de bonis matern. etc. VI, 60.**, hat **A.**, als Vater oder Großvater u. ſ. w., an einem Theile dieſer Erbſchaft den Nießbrauch erworben. Dieſen Nießbrauch wird **A.** fortſetzen, wenn ſchon **B.** in der Folge ſelbſt mit Tode abgeht, und nunmehr von ſeinen Deſcendenten beerbt wird.

B. Zweite Ordnung. (§. §. 922—925.)

NOV. 118. c. 2. c. 3. pr. NOV. 127. Praef. c. 1.

a. Wer ſuccedirt? (§. §. 922. 923.)

§. 922.

α. Von den in dieſe Ordnung gehörigen Perſonen an und für ſich.

Es finden hier ihre Stelle:

Erſtens die Aſcendenten des Verſtorbenen — Frauen

7) **L. 6. §. 3. C. d. bon. quae liber. VI, 61. §. 2. I. per quas pers. nob. acquir. II, 9.** Vgl. §. 742. **B**, 2.

ſowohl, als Männer, und mütterliche Aſcendenten nicht weniger, als väterliche Aſcendenten.

Auch hier nun kommt der Unterſchied in Betracht zwiſchen legitimer und illegitimer Verwandtſchaft.

Was zunächſt die legitimen Aſcendenten betrifft, ſo können dieſe leibliche Aeltern ſein, aber auch Adoptiväͤltern.

Iſt nun die Adoption eine wahre und eigentliche, ſo wird derjenige, welcher durch ſie die Rechte eines Aſcendenten erworben hat, in dieſer Ordnung unbedenklich ſo lange ſeine Stelle finden, als die durch die Adoption angeknüpfte Verwandtſchaft nicht wieder aufgelöſ't iſt. In Bezug auf den Arrogator eines Unmündigen iſt jedoch etwas Beſonderes zu bemerken:

Wenn der Arrogirte ſtirbt, ohne Deſcendenten zu hinterlaſſen, ſo wird allerdings der Arrogator ein Jus succedendi haben, nicht weniger dann, wenn der Arrogirte vor, als wenn er nach erlangter Mündigkeit mit Tode abgeht. Aber darin unterſcheiden ſich beide Fälle: ſtirbt der Arrogirte nach erlangter Mündigkeit, und der Arrogator macht von ſeinem Jus succedendi Gebrauch, ſo behält er die Erbſchaft. Stirbt dagegen der Arrogirte vor erlangter Mündigkeit, ſo muß der Arrogator auf den Grund der bei der Arrogation von ihm zu leiſtenden Caution die ihm zugefallene Erbſchaft an diejenigen herausgeben, welche ſie erhalten hätten, wenn die Arrogation überall nicht erfolgt wäre. Denn in Beziehung auf jene Caution iſt durch die Nov. 118. nichts geändert [1]). (Vgl. übrigens §. 723. Nr. 6.)

Bei der uneigentlichen Adoption hat da, wo der leibliche Vater ſein Kind einem Extraneus in adoptionem gegeben hat, der Adoptirende gar kein Succeſſionsrecht. Was aber betrifft die Adoption durch eine Frau, ſo habe ich bereits im §. 918. bemerkt: Man nimmt an, daß eine ſolche Adoption nur zwiſchen dem Adoptirten und der Adoptirenden ſelbſt ein Verwandtſchaftsverhältniß begründe. Darin iſt man einig. Strei-

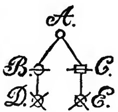
1) Unrichtig ſagen Glück, die Lehre v. der Inteſtaterbfolge. §. 165. und Wening-Ingenheim, gem. Civilr. Buch V. §. 22., daß der Arrogator in dieſem Falle das Kind nicht beerbe.

tig aber iſt, ob dieſes Verwandtſchaftsverhältniß bloß dem Kinde ein Succeſſionsrecht in den Nachlaß der Mutter, oder auch umgekehrt der Mutter ein Succeſſionsrecht in den Nachlaß des Kindes gewähre [2]). Die Meiſten ſprechen der Mutter das Recht der Erbfolge ab. (Vgl. §. 720. IV. a. E.)

Das Bisherige bezog ſich auf die Vorausſetzung legitimer Verwandtſchaft. Wie aber verhält es ſich bei unehelicher Verwandtſchaft?

Der allgemeine Grundſatz, deſſen ſchon im §. 918. gedacht wurde, iſt der: die Paternität muß jederzeit eine legitime ſein, die Maternität kann auch eine uneheliche ſein.

Die Anwendung nun dieſes Grundſatzes auf Aſcendenten des erſten Grades iſt höchſt einfach: der Vater ſuccedirt nur ſeinen legitimen Kindern, während die Mutter auch ihre unehelichen Kinder beerbt. Was aber betrifft die Anwendung unſerer Regel auf entferntere Aſcendenten, ſo iſt dieſe allerdings weniger einfach — aber darum doch keineswegs ſchwierig. Ein einziges Beiſpiel wird zur Erläuterung genügen.



Denken wir uns, der A. hat einen legitimen Sohn B., und eine legitime Tochter C., B. aber hat wieder einen unehelichen Sohn D., und die C. hat gleichfalls einen außer der Ehe erzeugten Sohn E. Nun ſterben B. und C., und ſpäter auch D. und E. Es fragt ſich: Wird A. den D. und den E. ab intestato beerben? Um den D. zu beerben, müßte er ſich darauf berufen können, daß B. des D. Vater geweſen ſei — das kann er aber nicht, da des B. Paternität keine legitime iſt, und mithin nicht beachtet wird. Alſo wird auch A. dem D. nicht

2) Zu denen, welche der Mutter ein Succeſſionsrecht zugeſtehen, gehört Schweppe, Röm. Privatr. §. 827.

ſuccediren. Dagegen, wenn er Anſprüche macht auf die Erbfolge in den Nachlaß des E., ſo wird er dieſe mit Erfolg dadurch begründen können, daß er ſich darauf beruft, die C. ſei des E. Mutter geweſen; denn bei der Maternität kommt es auf eheliche oder uneheliche Zeugung nicht an.

Außer den Aſcendenten gelangen aber

zweitens in dieſer Ordnung zur Erbfolge auch *vollbürtige Geſchwiſter*, aber *nur* dieſe.

In dem Cap. 2. der Nov. 118. heißt es in dem Griechiſchen Texte: Mit den Aſcendenten zugleich ſollen Geſchwiſter *ἐξ ἑκατέρων γονέων* zur Erbfolge zugelaſſen werden. Dies kann nun an und für ſich eben ſowohl überſetzt werden durch per *alterutrum* parentem, als per *utrumque* parentem. Allein daß hier die letztere Ueberſetzung die allein richtige ſei, ergibt ſich aus dem Anfange des *dritten* Kapitels. Da werden die mit den Aſcendenten zugleich zur Erbfolge berufenen Geſchwiſter, als Geſchwiſter *ἐκ τοῦ αὐτοῦ πατρὸς καὶ τῆς αὐτῆς μητρὸς* bezeichnet, und denjenigen ausdrücklich entgegengeſetzt, welche mit dem zu Beerbenden *nur* den Vater oder *nur* die Mutter gemein haben. Alſo es leidet keinen Zweifel: Geſchwiſter, welche in dieſer Ordnung ihre Stelle finden ſollen, müſſen Geſchwiſter ſein per *utrumque* parentem, ſie müſſen *Vater und Mutter* mit dem Verſtorbenen gemein haben, d. h. ſie müſſen von demſelben Paare als ſolchem abſtammen, — oder, wie wir es im Deutſchen auszudrücken pflegen, ſie müſſen *vollbürtige* Geſchwiſter ſein. Im Lateiniſchen bedienen ſich die Neueren des Ausdrucks Fratres et sorores *germani*, um vollbürtige Geſchwiſter zu bezeichnen.

Wenn nun aber nur vollbürtige Geſchwiſter in dieſer Ordnung zur Succeſſion gelangen, ſo folgt daraus von ſelbſt,

1. daß Geſchwiſter *durch Adoption* von dieſer Ordnung ausgeſchloſſen ſind; denn die Adoption, wie vollgültig ſie auch immer ſein mag, begründet doch niemals ein Verwandtſchaftsverhältniß mit der Frau des Adoptirenden; ſie kann daher nie mehr hervorbringen, als ein Verhältniß *halber* Verſchwiſterung.

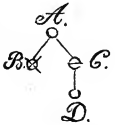
2. Daß von dieſer Ordnung auch alle *unehelichen* Geſchwiſter ausgeſchloſſen ſind. Uneheliche Kinder können immer nur durch die Mutter verſchwiſtert ſein — denn auf den Vater wird bei ihnen nicht Rückſicht genommen. Geſetzt alſo auch, ein und derſelbe Mann zeugt mit einer und derſelben Frau mehre uneheliche Kinder, ſo ſind dieſe doch nicht auf eine vollbürtige Weiſe mit einander verſchwiſtert, ſondern ſie werden angeſehen, als verſchwiſtert nur durch die Mutter — und ſonach ſind ſie *Halbgeſchwiſter*.

Drittens gehören in dieſe Ordnung auch noch *vollbürtiger Geſchwiſter Söhne und Töchter*. *Nur dieſe*, nicht etwa auch vollbürtiger Geſchwiſter Enkel und Enkelinnen.

Uebrigens iſt zu bemerken:

1. Söhne und Töchter eines vollbürtigen *Bruders* gehören nur inſofern hieher, als ſie *legitime* Kinder ſind — in Gemäßheit des im §. 918. aufgeſtellten allgemeinen Grundſatzes. Sie können aber legitime Kinder ſein durch *Zeugung*, oder auch durch *Adoption*. Jedoch wird, wenn adoptirte Kinder eines Bruders hier ihre Stelle finden ſollen, vorausgeſetzt, nicht nur, daß die Adoption eine *vollgültige* ſei, ſondern auch, daß die Verwandtſchaft des Bruders mit dem zu Beerbenden eine Verwandtſchaft durch *Agnation* ſei.

Z. B.



B. und C. ſind vollbürtige Brüder. A. emancipirt den C. Hierauf nimmt C. den D. an Sohnes Statt an. Da durch die Emancipation das Agnationsverhältniß zwiſchen C. und B. aufgehoben iſt, ſo iſt D. dadurch, daß der C. ihn adoptirt, dem B. überall gar nicht verwandt geworden.

2. Söhne und Töchter einer vollbürtigen Schweſter ſuccediren nur, wenn ſie leibliche Kinder ſind. Denn man nimmt, wie wir geſehen haben, an, daß der von einer Frau Adoptirte den Verwandten der Frau nicht verwandt wird, daß er dieſen nicht ſuccedirt. Bei leiblichen Kindern aber iſt es gleichgültig, ob ſie legitime Kinder ſind, oder uneheliche Kinder.

§. 923.

β. Von dem Verhältniſſe derſelben unter einander.

Dies Verhältniß wird durch folgende Grundſätze beſtimmt:

1. Die etwa vorhandenen Aſcendenten ſuccediren, wenn ſie mit dem Verſtorbenen in verſchiedenem Grade verwandt ſind, nicht alle zugleich, ſondern die dem Grade nach näheren gehen den entfernteren ſchlechthin vor, ohne Unterſchied, ob ſie ſelbſt von dieſen entfernteren abſtammen oder nicht. Die Nähe des Grades gewährt hier einen abſoluten Vorzug. Z. B. die Mutter des zu Beerbenden iſt nicht mehr am Leben, wohl aber leben noch der Vater und die Großältern ſowohl von mütterlicher, als von väterlicher Seite. Hier wird der Vater nicht nur ſeine Aeltern ausſchließen, ſondern auch die Aeltern der Mutter. Alſo der Nähere ſchließt den Entfernteren ſchlechthin aus. Gleich Nahe aber ſuccediren zugleich [1]).

Die Nähe des Grades iſt nun aber auch das Einzige, worauf es bei den Aſcendenten ankommt. Namentlich haben leibliche Aſcendenten des Verſtorbenen vor den Adoptivältern keinen Vorzug; ſie ſuccediren mit dieſen zugleich [2]).

2. Vollbürtige Geſchwiſter und Aſcendenten ſuccediren zugleich [3]).

3. Vollbürtiger Geſchwiſter Kinder werden durch ihre eigenen Aeltern ausgeſchloſſen.

Ueberall nämlich, wo in den Nov. 118. und 127. von dem Succeſſionsrechte der Söhne und Töchter von Geſchwiſtern die

1) S. Nov. 118. c. 2.

2) Vergl. Glück, die Lehre von der Inteſtaterbfolge. §. 166.

3) Dies wird in Nov. 118. c. 2. ausdrücklich geſagt.

Rede iſt, da heißt es: Verſtorbener Geſchwiſter Kinder ſollen in die Stelle eintreten ihrer Aeltern. Daraus ergibt ſich zur Genüge, daß die Kinder von Geſchwiſtern ihren eigenen Aeltern nachſtehen ſollen.

Dagegen heißt es nun aber in dem Cap. 3. der Nov. 118. ausdrücklich, daß die Kinder verſtorbener Geſchwiſter mit ihren Oheimen und Tanten zugleich zur Erbfolge zugelaſſen werden ſollen. Und damit ſtimmt überein die Nov. 127.

4. Nach der Nov. 118. ſchließen die Aſcendenten vollbürtiger Geſchwiſter Kinder aus. Nur vollbürtige Geſchwiſter ſelbſt ſollen mit den Aſcendenten concurriren — nicht aber vollbürtiger Geſchwiſter Söhne und Töchter [4]). Aber Juſtinian hat dies ſpäterhin in dem Cap. 1. der Nov. 127. abgeändert. Hier nämlich heißt es: Wenn Jemand Aſcendenten, und vollbürtige Geſchwiſter, und verſtorbener vollbürtiger Geſchwiſter Kinder hinterläßt, ſo ſollen dieſe letzten mit den Aſcendenten und mit den vollbürtigen Geſchwiſtern zugleich ſuccediren — ſie ſollen in die Stelle eintreten ihres verſtorbenen Vaters, oder ihrer verſtorbenen Mutter, gerade wie dieſes alsdann geſchehen würde, wenn ſie bloß mit vollbürtigen Geſchwiſtern concurrirten.

Von dem Falle, wo vollbürtige Geſchwiſter ſelbſt gar nicht vorhanden ſind, ſondern nur Aſcendenten und verſtorbener vollbürtiger Geſchwiſter Kinder — von dieſem Fall iſt in der Nov. 127. ausdrücklich nicht die Rede. Aber ohne Zweifel ging Juſtinian's Abſicht dahin, daß auch in dieſem Falle vollbürtiger Geſchwiſter Kinder mit den Aſcendenten concurriren ſollten. Es läßt ſich gar kein haltbarer Grund auffinden, warum es hier anders ſein ſollte, als da, wo auch noch vollbürtige Geſchwiſter ſelbſt im Spiele ſind. Manche Rechtsgelehrte zwar ſind anderer Meinung. Sie glauben, daß man, einer richtigen Theorie zu Folge, behaupten müſſe, vollbürtiger Geſchwiſter Kinder wären, wenn ſie bloß mit Aſcendenten collidirten, durch dieſe ausgeſchloſſen. Allein in der Praxis

4) Siehe Nov. 118. c. 2. c. 3. pr.

iſt mit Recht die zuerſt bezeichnete Meinung, welche mir, auch der Theorie nach, die richtige zu ſein ſcheint, angenommen [5]).

§. 924.

b. Wie wird die Erbſchaft vertheilt?

Es läßt ſich hierauf keine allgemeine Antwort geben. Wir müſſen die einzelnen Fälle unterſcheiden. — Ich will die unbedenklichen voranſtellen:

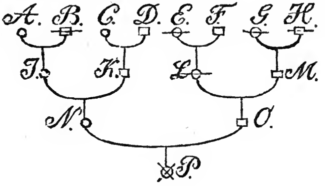
1. Es ſind Aſcendenten allein vorhanden [1]).

Zwiſchen Vater und Mutter wird die Erbſchaft gleichmäßig nach Köpfen vertheilt.

Eben ſo unter mehren Aſcendenten eines entfernteren Grades, inwiefern dieſe ſämmtlich nur von väterlicher, oder nur von mütterlicher Seite her mit dem Verſtorbenen verwandt ſind.

Wo aber unter mehren entfernteren Aſcendenten, welche zugleich zur Succeſſion gelangen, einige väterliche, und andere mütterliche Aſcendenten ſind, da wird die Erbſchaft inſofern nach Linien vertheilt, als die väterlichen Aſcendenten die eine, die mütterlichen Aſcendenten die andere Hälfte erhalten. Mehre zu einer und derſelben Hälfte Gehörende aber theilen dieſe unter ſich jederzeit nach Köpfen.

Ein Beiſpiel wird dies erläutern:



5) Vgl. über dieſe Frage Glück, a. a. O. §. 168. S. 639 — 641.

1) Nov. 118. c. 2.

P. ſoll beerbt werden. Sind nun N. und O. noch am Leben, ſo theilen ſie nach Köpfen. Sind aber N. und O. nicht mehr am Leben, ſondern nur die väterlichen Großältern J. und K., ſo theilen dieſe gleichfalls nach Köpfen. Leben aber noch J. K. und M., ſo findet hier Theilung nach Linien Statt, und demgemäß erhalten J. und K. zuſammen die eine Hälfte, M. allein die andere Hälfte.

Die ſo eben aufgeſtellten und durch Beiſpiele erläuterten Grundſätze über die Vertheilung der Erbſchaft unter mehren Aſcendenten ſind diejenigen, welche ich für die richtigen halte. Ich muß jedoch bemerken, daß Manche dem Princip der Vertheilung nach Linien eine noch ausgedehntere Anwendung geben. Sie meinen, entferntere Aſcendenten erhielten überhaupt jedes Mal ſo viel, als die von ihnen abſtammenden näheren erhalten würden, wenn ſie zur Succeſſion gelangten. Und ſo ſagen ſie denn z. B. in dem Falle, da A. und C. und D. zur Succeſſion gelangen: die Erbſchaft muß nicht in drei, ſondern in zwei Theile getheilt werden: die eine Hälfte muß A. allein erhalten, die andere C. und D. gemeinſchaftlich. — Und in dem Falle, da A. C. D. und F. den P. beerben, da ſoll die auf A. C. D. fallende Hälfte der Erbſchaft unter dieſen nach demſelben Verhältniſſe vertheilt werden, ſo daß A. 1/4, C. und D. jeder 1/8 der Erbſchaft erhielten.

Allein, daß auf dieſe Weiſe verfahren werden ſoll, ſagt Juſtinian mit keinem Worte. Und es verträgt ſich auch dieſe Art der Vertheilung gar nicht mit dem abſoluten Vorzuge, welchen unter den Aſcendenten die Nähe des Grades gibt. Eine Vertheilung, wie die eben bezeichnete, würde nur dann paſſend ſein, wenn unter den Aſcendenten, eben wie unter den Deſcendenten, alle Linien zugleich zur Erbfolge gelangten, ohne Rückſicht darauf, ob die in der einen Linie ſtehenden dem Verſtorbenen näher verwandt ſind, als die zu der andern gehörigen. Dies aber iſt nicht der Fall [2]).

2. Succediren vollbürtige Geſchwiſter allein, ſo erfolgt die Vertheilung ſtets nach Köpfen.

2) Vergl. Glück, die Lehre von der Inteſtaterbfolge. §. 171.

3. Concurriren Aſcendenten und vollbürtige Geſchwiſter, ſo theilen ſie nach Köpfen [3]), auch in dem Falle, da die Aſcendenten, wären ſie allein vorhanden, nach Linien hätten theilen müſſen.

4. Concurriren vollbürtige Geſchwiſter und anderer vollbürtiger Geſchwiſter Söhne und Töchter, ſo wird inſoweit nach Stämmen getheilt, als der vollbürtigen Geſchwiſter Kinder das bekommen, was ihr Vater oder ihre Mutter erhalten haben würden, wenn ſie noch am Leben wären [4]).

5. Concurriren Aſcendenten, vollbürtige Geſchwiſter und vollbürtiger Geſchwiſter Söhne und Töchter, ſo wird gleichfalls inſoweit nach Stämmen getheilt, als der verſtorbenen vollbürtigen Geſchwiſter Söhne und Töchter das bekommen, was ihr Vater oder ihre Mutter erhalten würden, wären ſie noch am Leben [5]).

6. Des Falls, da Aſcendenten und bloß vollbürtiger Geſchwiſter Söhne und Töchter concurriren, gedenkt die Nov. 127. nicht ausdrücklich. Aber er iſt nach der Analogie des vorigen fünften Falls zu entſcheiden.

7. Succediren vollbürtiger Geſchwiſter Söhne und Töchter allein, und haben ſie insgeſammt Einen Vater und Eine Mutter, ſo theilen ſie nach Köpfen.

Wie aber, wenn ſie Kinder ſind verſchiedener Geſchwiſter?

Die Nov. 118. enthält keine unmittelbare Entſcheidung dieſes Falls, es fehlt uns alſo hier an dem Buchſtaben — aber wenn wir die Analogie des vierten und fünften Falls zu Rathe ziehen, ſo kann über die Sententia legis wohl kein gegründeter Zweifel obwalten. Wir werden ſagen müſſen: die Erbſchaft muß nach Stämmen vertheilt werden.

Die Rechtsgelehrten ſind jedoch hierüber keineswegs einig. Schon unter den Gloſſatoren war dieſer Gegenſtand ſtreitig. Accurſius war der Meinung, daß nach Stämmen ge-

3) So beſtimmt ausdrücklich Nov. 118. c. 2.

4) Nov. 118. c. 3. pr.

5) Nov. 127. c. 1.

theilt werden müſſe, während ſein Lehrer Azo für die Theilung nach Köpfen war. Und dieſe letztere Anſicht iſt in der Folge durch Reichsgeſetze anerkannt und beſtätigt worden — nämlich durch den Reichsabſchied zu Speyer v. J. 1529. im §. 31., und durch eine eigene, die Succeſſion der Brüder oder Schweſter Kinder betreffende, Verordnung Kaiſer Carls V. von eben jenem Jahre [6]), deren **Verba dispositiva** folgender Maßen lauten:

„. . . . . . Wir . . . . . . ordnen und ſetzen . . : Wann Einer unteſtirt abſtirbt, und nach ihm kein Bruder oder Schweſtern, ſondern ſeiner Brüder oder Schweſter Kinder in ungleicher Anzahl verläßt, daß alsdann dieſelben ſeines Bruders oder Schweſter Kinder in die Häupter und nicht in die Stämme erben, und dem Verſtorbenen, ihrer Vater oder Mutter Bruder oder Schweſter, dermaßen zu ſuccediren zugelaſſen werden ſollen.“

In praxi gelten natürlich dieſe reichsgeſetzlichen Beſtimmungen. Uebrigens lauten die reichsgeſetzlichen Beſtimmungen allgemein — und die Ausnahmen, welche einige Rechtsgelehrte ſtatuiren, ſind ohne Grund [7]). Nur wird allerdings die in den Reichsgeſetzen vorgeſchriebene Kopftheilung durch die Vorausſetzung bedingt, daß ſchon zu der Zeit, wo die Erbſchaft den Kindern vollbürtiger Geſchwiſter deferirt wird, Niemand ſonſt vorhanden iſt, dem ſie neben ihnen ebenfalls deferirt würde. Denken wir uns z. B.: Es iſt bei dem Tode des zu Beerbenden, außer den Kindern verſchiedener ſchon verſtorbener vollbürtiger Geſchwiſter, auch noch ein vollbürtiger Bruder vorhanden. Hier bringt die Coexiſtenz dieſes letzten eine Vertheilung nach Stämmen mit ſich — und bei dieſer muß es bleiben, wenn ſchon der Bruder den ihm deferirten Theil der Erbſchaft nicht wirklich erwirbt, und es dadurch dahin kommt, daß nun der verſtorbenen Geſchwiſter Kinder die ganze Erbſchaft allein erhalten [8]).

6) S. Neue Sammlung der Reichsabſchiede. (Frankfurt, 1747. Fol.) Th. II. S. 301.

7) Ich verweiſe deshalb auf Glück, a. a. O. §. §. 176 — 184.

8) Siehe Glück a. a. O. §. 186.

§. 925.

c. Ueber die Frage, ob es auch in dieſer Ordnung einen vorbehaltenen Nießbrauch gebe.

Nach den Beſtimmungen des früheren Rechts, welche hier in Betracht kommen, und deren in der Geſchichte der Inteſtaterbfolge in den §. §. 913. und 914. Erwähnung geſchehen iſt, verhielt es ſich folgender Maßen:

1. Wenn Jemand außer dem Vater nur Geſchwiſter hinterließ, ſo ward er bloß von dieſen beerbt, aber der Vater hatte an dem, was die Geſchwiſter erhielten, den Nießbrauch. Ob der Verſtorbene sui juris geweſen war, oder in potestate — das machte hierbei keinen Unterſchied [1]). (Vgl. §. 913. 2te Rubr. Nr. 4. und §. 914.)

2. War dagegen bei dem Tode des zu Beerbenden außer den Geſchwiſtern und dem Vater auch noch die Mutter am Leben, ſo kam es allerdings darauf an, ob der Erblaſſer **sui juris** war, oder **in potestate**.

a. Starb er als Homo **sui juris**, ſo ſuccedirten ihm ebenfalls bloß die Geſchwiſter, während der Vater den Nießbrauch hatte; aber dieſer Nießbrauch bezog ſich nur auf 2/3 der Erbſchaft, und überdies hatte an demſelben die Mutter mit dem Vater gleichen Antheil [2]). (Vgl. §. 913. 3te Rubr. Nr. 2.)

b. War dagegen der zu Beerbende bis zum Tode **in patria potestate**, ſo ſuccedirte neben den Geſchwiſtern auch die Mutter, der Vater aber hatte den Nießbrauch, ſowohl an dem Erbtheile der Mutter, als an den Erbtheilen der Geſchwiſter [3]). (Vgl. §. 914.)

Dies waren die Beſtimmungen des früheren Rechts. Es fragt ſich nunmehr: Sind dieſe Beſtimmungen durch die Nov. 118. aufgehoben?

Anlangend **zuerſt** den Nießbrauch an den Erbtheilen der **Geſchwiſter**, ſo ſagt **Juſtinian** im Cap. 2. der Nov. 118.

1) L. 13. C. d. legitim. heredib. VI, 58. (Justinianus.) A. 532. L. ult. C. communia de successionib. VI, 59. (Justinianus.) A. 529.

2) L. ult. §. 1. init. C. ad SCtum Tertull. VI, 56.

3) cit. L. ult. §. 1. verb. »Sin vero etc.« C. eod.

ausdrücklich: der Vater ſolle ſich an dieſen Erbtheilen fortan durchaus **keinen** Ususfructus weiter beilegen dürfen; für den Nießbrauch, den er nach früherem Rechte gehabt, werde er dadurch entſchädigt, daß er nunmehr einen Theil der Erbſchaft ſelbſt erhalte, an dem er Nießbrauch und Proprietät habe. Wenn nun aber hiernach der Vater an den Erbtheilen der Geſchwiſter keinen Nießbrauch weiter haben ſoll, ſo kann auch die Mutter ihn nicht haben.

Zweitens. Ueber den ehemaligen Nießbrauch des Vaters an dem Erbtheile der **Mutter** ſagt die Novelle ausdrücklich **nichts.** Aber derſelbe Grund, weshalb der Vater an den Erbtheilen der Geſchwiſter fernerhin keinen Nießbrauch mehr haben ſoll — derſelbe Grund tritt auch hier ein. Und ſo werden wir denn auch dieſen Nießbrauch als **aufgehoben** anſehen müſſen. Um ſo mehr, als ſonſt die Mutter nicht mit demſelben Rechte ſuccediren würde, wie der Vater. Und doch ſagt **Juſtinian** im Cap. 4. der Nov. 118. ausdrücklich: Es ſolle bei der Erbfolge zwiſchen Männern und Frauen durchaus kein Unterſchied ſein.

C. Dritte Ordnung. (§. §. 926. 927.)

NOV. 118. c. 3. pr.

§. 926.

a. Wer ſuccedirt?

Zur Beantwortung dieſer Frage bemerke ich Folgendes:

1. Es ſuccediren in dieſer Ordnung die **Halbgeſchwiſter** des Verſtorbenen. Ob ſie Halbgeſchwiſter ſind durch den Vater oder durch die Mutter, das macht keinen Unterſchied [1]); wie unſere heutigen Juriſten es ausdrücken: Es iſt gleichgültig, ob die Halbgeſchwiſter **Consanguinei** ſind, oder **Uterini.**

Als Halbgeſchwiſter ſind nun aber, wie ich ſchon früher ausgeführt habe, zu betrachten alle Geſchwiſter durch eine **wahre**

1) In der Nov. 118. c. 3. pr. heißt es ausdrücklich: » . . . vocamus, qui ex uno parente defuncto junguntur, sive per patrem solum, sive per matrem.«

und eigentliche Adoption. Die uneigentliche Adoption hat auf dieſe Ordnung gar keinen Einfluß.

Unehelich Geborene können nur als Halbgeſchwiſter derjenigen angeſehen werden, welche mit ihnen die Mutter gemein haben. Sie können alſo ihre Stelle in dieſer Ordnung immer nur in der Eigenſchaft von **Uterinis** finden; nicht in der Eigenſchaft von **Consanguineis**.

2. Ferner ſuccediren in dieſer Ordnung die Söhne und Töchter von Halbgeſchwiſtern. Sind ſie Söhne oder Töchter eines Halbbruders, ſo wird erfordert, daß ſie deſſen legitime Kinder ſind. Sind ſie Söhne oder Töchter einer Halbſchweſter, ſo ſuccediren ſie, auch wenn ſie uneheliche Kinder ſind.

Es findet hier Alles dasjenige Anwendung, was ich in der zweiten Ordnung über die Qualification der Kinder vollbürtiger Geſchwiſter geſagt habe.

Was das Verhältniß der in dieſer Claſſe Succedirenden zu einander betrifft, ſo findet unter Halbgeſchwiſtern kein Vorzug des Einen vor dem Andern Statt; und eben ſo wenig unter Söhnen und Töchtern von Halbgeſchwiſtern.

Was aber betrifft das gegenſeitige Verhältniß zwiſchen Halbgeſchwiſtern auf der einen, und halbbürtiger Geſchwiſter Kindern auf der andern Seite, ſo werden dieſe zwar von ihren eigenen Aeltern ausgeſchloſſen, nicht aber von ihren Oheimen und Tanten. Und ſo zeigt ſich alſo auch in dieſer Beziehung Uebereinſtimmung mit demjenigen, was in der zweiten Ordnung von vollbürtigen Geſchwiſtern und deren Kindern gilt.

§. 927.

b. Wie wird die Erbſchaft vertheilt?

Es ſind hier drei Fälle zu unterſcheiden:

Erſter Fall: Halbgeſchwiſter ſuccediren allein.

Daß hier im Allgemeinen nach Köpfen getheilt werden müſſe, daran zweifelt Niemand. Viele jedoch meinen, es ſei,

wenn etwa Halbgeſchwiſter durch den Vater mit Halbgeſchwiſtern durch die Mutter concurriren, zugleich auf den Urſprung des Vermögens Rückſicht zu nehmen. Nämlich: das väterliche Vermögen gebühre ausſchließlich den durch den Vater Verſchwiſterten, das mütterliche aber falle ausſchließlich den Geſchwiſtern durch die Mutter zu — und nur in dem anderweitigen Vermögen des zu Beerbenden hätten die Halbgeſchwiſter insgeſammt gleiche Rechte.

Die Vertheidiger dieſer Meinung berufen ſich theils auf die Nov. 84. c. 2., theils auf L. 13. C. d. legitimis heredibus VI, 58. Die Nov. 84. gehört indeſſen hieher höchſtens nur inſoweit, als ſie implicite eine Beſtätigung der angeführten L. 13. enthält. Und ſo kann alſo überall nur dieſe in Betracht kommen. Ihr zu Folge ſoll es bei der Succeſſion der Geſchwiſter in den Nachlaß eines Emancipirten ſo gehalten werden: Sind unter den Geſchwiſtern einige, die mit dem Verſtorbenen die Mutter gemein haben, und andere, bei denen dieſes nicht der Fall iſt; ſo ſollen jene die Bona materna voraus haben. Ich erinnere hiebei an den §. 913. 2te Rubr. Nr. 4. — Daß Geſchwiſter durch den Vater vor Halbgeſchwiſtern durch die Mutter ein gleiches Vorrecht in Anſehung der Bona paterna haben ſollen — davon kommt nun aber in der Conſtitution nichts vor. Und dasjenige, was in ihr Beziehung hat auf Halbgeſchwiſter durch die Mutter, das ſteht im Widerſpruch mit der Nov. 118. Denn im Cap. 4. dieſer Novelle heißt es ausdrücklich: der Umſtand, ob Jemand dem Verſtorbenen durch einen Masculus, oder durch eine Femina verwandt ſei, der ſolle bei keinem Succeſſionsfalle einen Unterſchied machen. Deshalb iſt denn die Meinung, daß bei der Succeſſion der Halbgeſchwiſter auf den Urſprung des Vermögens geſehen werden müſſe, einer richtigen Theorie des neueſten Juſtinianiſchen Rechts entgegen. Nichts deſto weniger iſt ſie in praxi angenommen. Jedoch muß ich bemerken, daß man bei Anwendung derſelben nicht Alles gerade, was von mütterlicher Seite herkommt, als mütterliches Vermögen betrachtet, ſondern bloß dasjenige, was von der Mutter unmittelbar herrührt. Und eben ſo läßt man auch nur

das als väterliches Vermögen gelten, was von dem Vater ſelbſt herkommt [1]).

Zweiter Fall: Es concurriren Halbgeſchwiſter und anderer Halbgeſchwiſter Söhne und Töchter.

Hier wird nach Stämmen getheilt. Die Praxis nimmt nun aber auch hier Rückſicht auf den Urſprung des Vermögens [2]).

Dritter Fall: Es ſuccediren halbbürtiger Geſchwiſter Söhne und Töchter allein.

Sind ſie insgeſammt Kinder eines und deſſelben Bruders, oder einer und derſelben Schweſter, ſo theilen ſie nach Köpfen.

Außerdem müßte, einer richtigen Theorie zu Folge, nach Stämmen getheilt werden. Allein in Gemäßheit der im §. 924. allegirten Reichsgeſetze wird die Erbſchaft auch hier nach Köpfen vertheilt.

Auf den Urſprung des Vermögens nimmt da, wo halbbürtiger Geſchwiſter Kinder allein zur Succeſſion gelangen, ſelbſt die Praxis keine Rückſicht [3]).

§. 928.

D. Vierte Ordnung.

NOV. 118. c. 3. §. 1.

Erſte Frage: Wer überhaupt findet hier ſeine Stelle?

Alle Seitenverwandte mit Ausnahme allein der ſchon in der zweiten und dritten Ordnung zur Erbfolge berufenen Geſchwiſter des zu Beerbenden, und ihrer Söhne und Töchter. Und ſo gelangen alſo auch die Oheime und Tanten des Verſtorbenen erſt in dieſer Ordnung zur Succeſſion.

Einige Juriſten zwar ſind der Meinung, daß, wenn von den in der früheren Ordnung zur Erbfolge berufenen Perſonen nur Söhne und Töchter von Geſchwiſtern vorhanden ſind, die Oheime und Tanten des Verſtorbenen mit dieſen concurriren. Allein das iſt entſchieden falſch. Juſtinian ſagt im Cap. 3.

1) Im Allgemeinen verweiſe ich wegen der hier berührten Frage auf Glück, die Lehre von der Inteſtaterbfolge. §. 189.

2) Glück a. a. O. §. 190.

3) Glück a. a. O. §. 191.

der Nov. 118. am Schluß des Princ. ausdrücklich: Die Kinder der Geſchwiſter gehen den Oheimen und Tanten des Verſtorbenen vor, obſchon letztere dem Verſtorbenen dem Grade nach gleich nahe verwandt ſind [1]).

Uebrigens ſuccediren die halbbürtigen Seitenverwandten gleich den vollbürtigen; desgleichen nicht bloß die leiblichen, ſondern auch ſolche, welche dem Verſtorbenen durch das Medium einer wahren und eigentlichen Adoption verwandt ſind.

Die Frage, ob Perſonen, welche dem Verſtorbenen durch uneheliche Zeugung verwandt ſind, zur Succeſſion gelangen, iſt in Gemäßheit des allgemeinen Grundſatzes zu entſcheiden, der im §. 918. aufgeſtellt worden iſt.

Zweite Frage: Welches Verhältniß findet unter den in dieſer Ordnung ſuccedirenden Perſonen Statt?

Dieſes beſtimmt ſich lediglich und allein nach der Nähe des Grades; und zwar gewährt hier der Grad einen abſoluten Vorzug. Mehre gleich Nahe ſuccediren zugleich.

Dritte Frage: Wie wird die Erbſchaft vertheilt? Die Vertheilung erfolgt hier ſtets nach Köpfen.

§. 929.

C. Von der Succeſſion der Ordnungen und der Grade.

I. Von der Successio ordinum.

Zu Anfange des Cap. 2. der Nov. 118. heißt es ausdrücklich: Wenn Jemand ſtirbt, ohne Deſcendenten zu Erben zu hinterlaſſen, ſo ſollen die Aſcendenten ſuccediren. Es heißt nicht: Wenn keine Deſcendenten vorhanden ſind — ſondern, wie geſagt, es heißt, wenn Jemand ſtirbt, ohne Deſcendenten zu Erben zu hinterlaſſen. Das aber kann ſeinen Grund eben ſowohl darin haben, daß die vorhandenen Deſcendenten die Erbſchaft nicht erwerben, als darin, daß es an Deſcendenten überhaupt fehlt. Hiernach erkennt alſo die Novelle ein Eintreten an der zweiten Ordnung in die Stelle der erſten. Und was

1) Vergl. Glück, die Lehre von der Inteſtaterbfolge. §. §. 184. 191.

von dem Verhältniß dieſer beiden Ordnungen zu einander gilt, das muß analoger Weiſe gelten auch von dem Verhältniß der dritten Ordnung zu der zweiten, und der vierten zu der dritten. Auch ſind die Neueren hierüber allgemein einverſtanden.

II. Von der Successio graduum.

Ausdrücklich kommt in der Nov. 118. darüber nichts vor. Ja, wir ſtoßen nicht einmal auf Andeutungen. Nichts deſto weniger iſt es ganz im Geiſte der Novelle, eine Successio graduum anzunehmen.

In dem älteren Syſtem der civilrechtlichen Erbfolge gab es nur Eine Ordnung, in welcher der bloße Grad, als ſolcher, einen Vorzug gewährte, — das war der Ordo agnatorum — und in dieſer hatte Juſtinian ſchon lange vor der Nov. 118. die Successio graduum ausdrücklich eingeführt. S. §. 913. 2te Rubr. Nr. 3. Gewiß aber war es bei Abfaſſung der Nov. 118. nicht ſeine Abſicht, hierin einen Rückſchritt zu machen. Vielmehr dürfen wir vorausſetzen: daß im Gegentheil ſeine Abſicht dahin ging, es ſollte das früher in beſonderer Beziehung auf den Ordo agnatorum Angeordnete nunmehr eine erweiterte Anwendung finden.

Auch ſind hierüber die Neueren einverſtanden — im Allgemeinen wenigſtens. Aber freilich, wenn es darauf ankommt, die Vorausſetzungen genauer zu beſtimmen, unter welchen dieſe Succeſſion der Grade eintreten ſoll, ſo iſt man darüber nicht durchaus Einer Meinung. — Nämlich allgemein anerkannt iſt heutiges Tages Folgendes:

1. Wenn von den Näheren Keiner Erbe wird, ſo treten die Entfernteren in deren Stelle.

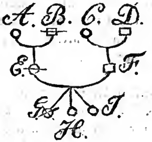
2. Wenn von den Näheren nur Einige ausfallen, diejenigen aber, welche wirklich Erben werden, ſolche Perſonen ſind, die ſchon für ſich allein die Entfernteren ausgeſchloſſen haben würden, ſo accreſciren ihnen die vacanten Erportionen; eine Successio graduum aber findet nicht Statt. Z. B. es ſind nur Aſcendenten vorhanden, Vater, Mutter, Großältern. Die

Mutter tritt die Erbſchaft an, der Vater ſchlägt ſie aus. Hier erhält die Mutter die ganze Erbſchaft.

Alſo über dieſe beiden Punkte iſt man einverſtanden. Dagegen zeigt ſich nun die Verſchiedenheit der Meinungen in dem Falle, wo die Miterben der Näheren, welche ausfallen, für ſich allein den Entfernteren nicht würden ausgeſchloſſen haben. Z. B. denken wir uns zunächſt den Fall:

A. hinterläßt zwei Söhne B. und C., und einen Enkel D., welcher ein Sohn des C. iſt. B. tritt die Erbſchaft des A. an, C. wird nicht Erbe. Hier nun ſteht die Sache ſo, daß der B. für ſich allein den D. nicht ausſchließen würde; vielmehr würde, wenn C. ſchon vor dem A. geſtorben wäre, der D. neben dem B. ſuccediren. Und da iſt nun der Streit darüber, ob der vacante Antheil des C. dem B. accreſcire, oder ob, in Folge der Successio graduum, D. ihn in Anſpruch nehmen könne.

Ich will noch einen zweiten Fall anführen:



A. und B. haben einen Sohn E. C. und D. haben eine Tochter F. E. und F. heirathen einander, und zeugen drei Söhne G. H. J. Jetzt ſtirbt der G. und es ſind bei ſeinem Tode noch am Leben zwei vollbürtige Brüder H. und J., die Mutter F., und von den Großältern A. C. D. Hier nun ſind die Nächſten zur Inteſtaterbfolge die Mutter F., und die beiden vollbürtigen Brüder H. und J. Dieſe letzteren würden, wenn die Mutter F. nicht mehr am Leben wäre, die noch lebenden Großältern A. C. D. nicht ausſchließen; nur die Mutter gerade iſt es, durch welche die Großältern ausgeſchloſſen

werden. Nun wollen wir annehmen, die Brüder treten die Erbſchaft an, die Mutter aber wird nicht Erbin. Da wird wieder darüber geſtritten, ob der Antheil der Mutter den Brüdern accreſcire, oder ob, mittelſt der Successio graduum, neben den Brüdern die Großältern zur Erbfolge gelangen.

Dieſe Beiſpiele werden genügen, um die Frage, auf deren Beantwortung es ankommt, anſchaulich zu machen. Wie ſie zu beantworten ſei, darüber gibt es drei verſchiedene Meinungen:

Die Einen ſagen: es findet auch hier Successio graduum Statt. Die Anderen behaupten, die Successio graduum werde durch das Jus accrescendi ausgeſchloſſen. Nach einer dritten Meinung aber kommt es darauf an, ob derjenige, welcher ausgefallen iſt, die Erbſchaft ausgeſchlagen hat, oder ob der Grund, warum er nicht Erbe geworden iſt, darin liegt, daß er vor der Antretung der Erbſchaft geſtorben iſt. In dieſem letzteren Falle ſoll Successio graduum Statt finden — in dem zuerſt bezeichneten Falle aber ſoll das Jus accrescendi ſich wirkſam erweiſen.

Allein der Unterſchied, der hier gemacht wird, iſt rein willkürlich. Es iſt durchaus nicht abzuſehen, warum es in dem Einen Falle anders ſein ſoll, als in dem andern. Und daher iſt dieſe Meinung durchaus verwerflich. Was die beiden anderen betrifft, ſo hat die zweite nicht nur die meiſten Stimmen für ſich, ſondern ich halte ſie auch für die allein richtige. Und zwar deshalb:

Der eigentliche Sitz der früheren Successio graduum iſt in dem prätoriſchen Rechte, und zwar in dem Ordo cognatorum zu ſuchen. Da nun aber war es ſo, daß die entfernteren Cognaten nur dann zur Succeſſion gelangten, wenn von den näheren Keiner Erbe wurde. Die Successio graduum that daher dem Jus accrescendi niemals Eintrag. Und als nun ſpäter Juſtinian in der Ordnung der Agnaten ebenfalls die Successio graduum einführte, ſo ward es hier ganz auf dieſelbe Weiſe gehalten. Es iſt daher anzunehmen, daß nach Juſtinian's Abſicht auch in dem neueſten Syſteme der Inteſtat-

erbfolge die **Successio graduum** nur inſoweit gelten ſoll, als ſie ſich mit dem **Jus accrescendi** verträgt.

Zu dieſem allgemeinen, überall durchgreifenden Grunde, kommt nun aber noch der Umſtand: Wollte man der **Successio graduum** vor dem **Jus accrescendi** den Vorzug einräumen, ſo würde häufig eine neue Vertheilung der Erbſchaft nothwendig werden, wodurch Erbantheile, welche bereits deferirt oder gar erworben wären, geſchmälert würden; was offenbar unzuläſſig iſt. Z. B.: Wir ſetzten vorhin den Fall: **G.** ſtirbt und die Erbſchaft wird bei ſeinem Tode ſeinen beiden vollbürtigen Brüdern **H. J.** und ſeiner Mutter **F.** deferirt, jeder von dieſen drei Perſonen zu einem Drittel. Angenommen nun, die **F.** ſchlägt ihrer Seits die Erbſchaft aus, während **H.** und **J.** dieſelbe antreten. Sollte nun zu Gunſten der Großältern, zu Gunſten von **A. C. D.**, **Successio graduum** Statt finden, ſo müßte eine neue Vertheilung der Erbſchaft vorgenommen werden, vermöge deren auf **H.** und **J.** ſtatt eines Drittels für jeden nur ein Fünftheil käme.

Zuletzt muß ich nun noch auf eine, ſich aus der Natur der Sache verſtehende, allgemeine Beſchränkung der **Successio ordinum** ſowohl, als der **Successio graduum** aufmerkſam machen. Wenn nämlich der Nähere ſtirbt, ohne die Erbſchaft weder erworben noch ausgeſchlagen zu haben, ſo kann es unter gewiſſen Vorausſetzungen geſchehen, daß er das Recht des Erwerbes auf ſeine Erben transmittirt (ſ. §. 941. folg.) — und alsdann geht das Recht dieſer letzteren dem Rechte derjenigen entfernteren Inteſtaterben vor, welche ihre Anſprüche auf eine **Successio ordinum** oder auf eine **Successio graduum** gründen.

IV. Von der Inteſtaterbfolge aus andern Gründen.

§. 930.

A. Von dem auf den Concubinat ſich beziehenden Rechte der Inteſtaterbfolge.

NOV. 18. c. 5. NOV. 89. c. 12. 13.

Dieſes beruht auf den oben angeführten Novellen. — Zu-

ſtinian geht von der Vorausſetzung aus, daß Jemand mit einer Frauensperſon in einem geſetzlich gebilligten Concubinate lebt, und mit ihr Kinder erzeugt, welche er als die ſeinigen anerkennt und erzieht.

Ungeachtet dieſer Anerkennung von Seiten des Vaters haben dergleichen Kinder dennoch weder in anderer Beziehung, noch insbeſondere in Beziehung auf die Inteſtaterbfolge, die Rechte legitimer Kinder. Juſtinian aber räumt ihnen für den Fall, daß der Vater bei ſeinem Tode weder legitime Kinder, noch auch eine rechtmäßige Ehefrau hinterläßt, ein eigenthümliches Succeſſionsrecht ein — welches ſich jedoch nicht auf den ganzen Nachlaß des Vaters erſtreckt, ſondern auf zwei Unzen deſſelben beſchränkt iſt. Mehr erhalten ſie nicht, es mögen ihrer viele ſein, oder wenige; ja es concurrirt in dieſen zwei Unzen mit ihnen überdies noch die Mutter, wenn ſie am Leben iſt, indem ſie Kindestheil erhält. Fällt die Mutter weg, ſo bekommen die Kinder die zwei Unzen allein.

Uebrigens verdient noch beſonders hervorgehoben zu werden, daß Juſtinian nur von den im Concubinat erzeugten Kindern ſelbſt, nicht auch von deren etwaigen Deſcendenten ſpricht.

Wie es gehalten werden ſoll, wenn bloß die Mutter vorhanden iſt, darüber ſagt Juſtinian nichts. Man pflegt aber anzunehmen, daß ſie auch für ſich allein ein Recht der Erbfolge hat — nämlich in Einer Unze [1]).

Wie nun aber dieſemnach die Kinder dem Vater ſuccediren, ſo ſuccedirt auch umgekehrt der Vater den Kindern, wenn dieſe weder legitime Deſcendenten, noch einen rechtmäßigen Ehegatten hinterlaſſen — und zwar ebenfalls in zwei Unzen [2]).

Dies nun ſind die Beſtimmungen des Römiſchen Rechts über dieſen Gegenſtand. Aber es fragt ſich, inwieweit dieſe Beſtimmungen auch noch heutiges Tages anwendbar ſind?

Viele läugnen die heutige Anwendbarkeit derſelben. Sie ſagen: der Concubinat, welcher bei den Römern erlaubt war, iſt heutiges Tages verboten — und daher kann denn auch von ei-

1) Glück, die Lehre von der Inteſtaterbfolge. §. 129.

2) Nov. 89. c. 13.

nem auf den Concubinat gegründeten Succeſſionsrechte nicht mehr die Rede ſein.

Andere dagegen halten dafür, daß die mit einer Concubine erzeugten Kinder auf das ihnen von Juſtinian verliehene Succeſſionsrecht auch noch jetzt Anſpruch machen können. Sie ſagen: Handeln die Aeltern, nach heutiger Anſicht, unerlaubt, ſo darf das den Kindern nicht zum Nachtheil gereichen. Und überdies beruhet das den Kindern verliehene Succeſſionsrecht nicht bloß darauf, daß nach Römiſchem Rechte der Concubinat für etwas Erlaubtes gehalten wurde, ſondern zugleich auf der für die Kinder ſprechenden Billigkeit, und mit dieſer hat es heutiges Tages noch dieſelbe Bewandtniß, wie zu Juſtinian's Zeit [3]).

Dieſe Meinung iſt in der Praxis recipirt — ja man geſtehet in praxi die Rechte, welche Juſtinian den Concubinen-Kindern bewilligt, auch anderen unehelichen Kindern zu, gegen den ausdrücklichen Inhalt der Nov. 18. c. 5. und der Nov. 89. c. 12. §. 5.

§. 931.

B. Von dem Succeſſionsrechte der dürftigen Wittwe.

NOV. 53. c. 6. NOV. 117. c. 5.

Dieſes Succeſſionsrecht gründet ſich auf die beiden oben bezeichneten Novellen. Die Nov. 53. gab nicht bloß der überlebenden Frau, ſondern auch dem überlebenden Manne ein Succeſſionsrecht. Durch die Nov. 117. aber ward dieſes Succeſſionsrecht dem Manne genommen, und auf die Frau beſchränkt. Das iſt in der Nov. 117. auf eine ſo unzweideutige Weiſe geſagt, daß es kaum zu begreifen iſt, wie Einige es haben in Zweifel ziehen können.

Die aus beiden Novellen hervorgehenden Reſultate ſind folgende:

3) Vergl. überhaupt Glück, a. a. O. §. 130.

1. Der zu Beerbende iſt alle Mal der Mann [1]). Und überdies wird vorausgeſetzt, daß der Mann im Wohlſtande geſtorben ſei [2]). Dies iſt aber ſchon der Fall, wenn ſeine Verlaſſenſchaft zu ſtandesmäßiger Unterhaltung der Kinder und der überlebenden Wittwe hinreicht [3]).

2. Erbin iſt die Frau — aber nur dann, wenn ſie **indotata** und *dürftig* iſt [4]), d. h. wenn es ihr an den erforderlichen Mitteln fehlt, ſtandesmäßig zu leben [5]).

3. Es wird vorausgeſetzt, daß außer der Frau andere Erben da ſind — denn gerade darin beſteht das Succeſſionsrecht der Frau, daß ſie mit den andern Erben *concurrirt*. Die Novellen ſprechen immer nur von Kindern, mit denen die Frau concurriren ſoll. Aber, wenn ſie mit dieſen concurrirt, ſo muß ſie natürlicher Weiſe noch viel eher zur Concurrenz zugelaſſen werden mit anderen Erben des Mannes.

4. Wie viel die Frau jedes Mal erhält, das richtet ſich nach der Anzahl der Miterben. Sind der miterbenden Kinder *drei* oder *weniger*, ſo ſoll die Frau allezeit 1/4 der Erbſchaft erhalten; ſind der miterbenden Kinder *mehr als drei*, ſo ſoll ſie **partem virilem** bekommen [6]). — Dieſe Beſtimmungen ſind analoger Weiſe auch da anzuwenden, wo die Miterben keine Kinder gerade ſind. Wenigſtens iſt dies die Meinung der meiſten Neueren. Einige indeſſen glauben, wenn die Frau nicht mit Kindern, ſondern mit anderen Inteſtaterben concurrire, ſo erhalte ſie jederzeit ein Viertel [7]).

5. Die Frau muß in den ihr gebührenden Antheil Alles das einrechnen, was ſie aus irgend einem anderen Grunde aus dem Nachlaſſe des Mannes erhält. Z. B., wenn der Mann ihr in einem Codicill ein Vermächtniß hinterlaſſen hat, ſo muß ſie ſich den Betrag deſſelben anrechnen laſſen [8]).

6. Manche ſind der Meinung, die Frau erhalte dasjenige,

1) **Nov. 117. c. 5.**

2) **Nov. 53. c. 6. §. 2.**

3) Vergl. *Glück*, die Lehre von der Inteſtaterbfolge. §. 120.

4) **Nov. 53. c. 6. pr. et §. 2. Nov. 117. c, 5.**

5) Vgl. *Glück* a. a. O.

6) **Nov. 117. c. 5.**

7) So u. A. *Glück* a. a. O. §. 122.

8) **Nov. 53. c. 6. pr.**

was ihr auf den Grund der Juſtinianiſchen Verordnung zu Theil wird, nicht als Erbin. Allein das iſt unrichtig. Was ſie auf den Grund geſetzlicher Diſpoſition erhält, das hat ſie als Erbin [9]). Wenn alſo nichts einzurechnen iſt, ſo iſt die Frau in dem ganzen ihr gebührenden Viertel, oder in der ganzen ihr zukommenden Portio virilis Erbin des Mannes; findet ſich etwas einzurechnen, ſo iſt ſie es wenigſtens in dem Ueberſchuß. — In Einem Falle jedoch könnte es auf den erſten Blick ſcheinen, als ob die Frau ſelbſt in demjenigen, was das Geſetz ihr zuwendet, nicht eigentlich Erbin wäre. Nämlich in der Nov. 117. c. 5. ſagt Juſtinian: Wenn die Frau mit ihren eigenen Kindern concurrirt, ſo ſoll ſie an demjenigen, was ſie erhält, nur den Nießbrauch haben; die Proprietät ſoll ihren Kindern erhalten werden. Iſt das nun wörtlich zu nehmen, ſo muß man allerdings ſagen: in dieſem Falle kann die Frau nicht als Erbin angeſehen werden, eben weil ſie nur den Nießbrauch erhält. Es ſcheint indeſſen, Juſtinian will bloß dieſes ſagen: Die Frau ſoll dasjenige, was ſie erhält, nicht veräußern dürfen; ſie ſoll es für den Fall, daß ihre Kinder ſie überleben, für dieſe aufbewahren, es ihnen dermaleinſt hinterlaſſen. Das aber ſcheint nicht ſeine Meinung zu ſein, daß die Kinder gleich von Anfang her als Inhaber der Proprietät betrachtet werden ſollen [10]).

7. Es iſt bisher von dem Rechte der Frau nur in Beziehung auf den Fall der Inteſtaterbfolge die Rede geweſen. Juſtinian's Meinung ſcheint indeſſen dahin zu gehen, daß dasjenige, was die Frau ab intestato erhalten müßte, ihr auch durch ein Teſtament nicht genommen werden dürfe [11]).

Zuletzt iſt noch zu bemerken: Nach Inhalt der Novellen ſoll der Antheil der Frau, er mag nun in einem Viertheil oder in einer Portio virilis beſtehen, doch nie den Werth von hundert Pfund Goldes überſteigen. Hierauf nehmen jedoch unſere neueren Juriſten keine Rückſicht.

9) Siehe Nov. 53. c. 6. §. 1. i. f. und vergl. Glück a. a. O. §. 125.

10) Siehe Glück a. a. O. §. 123.

11) Vgl. Glück a. a. O. §. 121.

§. 932.

C. Von dem Succeſſionsrechte gewiſſer juriſtiſcher Perſonen.

COD. VI, 62. De hereditatibus decurionum, naviculariorum, cohortalium militum et fabricensium. X, 10. De bonis vacantibus, et de incorporatione.

A. Hieher gehört zuerſt dieſes, daß gewiſſe **Corpora** ein Recht der Inteſtaterbfolge haben in den Nachlaß ſolcher Perſonen, welche bei ihrem Leben zu ihnen gehörten, vorausgeſetzt nämlich, daß es dieſen an andern Erben fehlt.

Ein ſolches Recht haben nach Römiſchen Grundſätzen:

1. Die **Curien**, wenn ein **Decurio** ſtirbt. Der Ausdruck **Curia** iſt hier in der Bedeutung zu nehmen, in welcher er den Senat einer einzelnen Stadt bezeichnet, der es nur mit den beſonderen Angelegenheiten dieſer Stadt zu thun hat.

2. Die Innungen der **Navicularii**, eine Art von Schifferinnung, bei dem Tode eines ihrer Genoſſen [2]).

3. Die Corporationen der **Cohortales**, einer eigenthümlichen Claſſe untergeordneter Beamten, welche, wie wir uns etwa ausdrücken würden, zu dem **Büreau** eines **Praefecti praetorio** gehörten, oder ſonſt eines anderen Gouverneurs in der Provinz: ſie bildeten eine eigene Corporation [3]).

4. Die Innungen der **Fabricenses**, d. h. der Waffenſchmiede [4]).

5. Bei dem **Heere** hat, wenn einer, der zum Fußvolke gehört, ohne anderweitige Erben ſtirbt, die **Legion**, bei der er geſtanden, das Recht der Erbfolge. Bei einem, der unter der Reiterei gedient, hat dieſes Recht die **Vexillatio**, zu der er gehört [5]).

6. Stirbt ein Geiſtlicher ohne anderweitige Erben, ſo ſuccedirt ihm die **Kirche**, bei der er angeſtellt geweſen [6]).

1) L. 4. C. d. heredit. decur. etc. VI, 62.
2) L. 1. C. eod.
3) L. 3. C. eod.
4) L. 5. C. eod.
5) L. 2. C. eod.
6) L. 20. §. 1. C. d. episcop. et cleric. I, 3. Nov. 131. c. 13.

Von dieſen hier aufgezählten Succeſſionsrechten ſind die unter den Nummern 1 — 4 aufgeführten heutiges Tages außer Gebrauch.

Dagegen wird bei dem Tode eines Soldaten dem Regimente, bei dem er geſtanden, allerdings ein Succeſſionsrecht eingeräumt [7]).

Eben ſo wird das Succeſſionsrecht der Kirche anerkannt. Die Praxis gibt dieſem Succeſſionsrechte eine noch erweiterte Anwendung. So geſtattet man z. B. den Armenhäuſern ein Succeſſionsrecht in den Nachlaß ihrer Beneficiaten [8]).

B. Es gehört hieher nun aber auch das Succeſſionsrecht des Fiscus.

Ueberall, wo es an andern Erben fehlt, hat der Fiscus das Recht, ſich den Nachlaß anzueignen [9]) — in der Art jedoch, daß nicht etwa nur die Rechte des Verſtorbenen, ſondern zugleich auch deſſen Verbindlichkeiten auf ihn übergehen; wie er denn auch die von dem Verſtorbenen etwa angeordneten Vermächtniſſe zu berichtigen hat [10]).

7) Glück, die Lehre von der Inteſtaterbfolge. §. 204.

8) Siehe Glück a. a. O.

9) L. 1. L. 4. C. d. bonis vacantib. X, 10. »Vacantia mortuorum bona tunc ad fiscum jubemus transferri, si nullum ex qualibet sanguinis linea vel juris titulo legitimum reliquerit intestatus heredem.«

10) Siehe Glück a. a. O. §. §. 206 — 210.

Fünftes Buch.

E r b r e c h t.

Viertes Kapitel.

Von dem Erwerbe und Verluſte der Erbſchaft.

† INST. II, 19. De heredum qualitate et differentia. — † DIG. XXIX, 2. De acquirenda vel omittenda hereditate. — † COD. VI, 30. De jure deliberandi, et de adeunda vel acquirenda hereditate. VI, 31. De repudianda vel abstinenda hereditate.

I. Von dem Erwerbe einer Erbſchaft an und für ſich. (§. §. 933—935.)

§. 933.

A. Von dem Erwerbe der Erbſchaft im Allgemeinen.

1. Damit eine Erbſchaft erworben werden könne, dazu iſt vor Allem erforderlich: Sie muß demjenigen, der ſie erwerben ſoll, deferirt ſein. Sie kann aber nur demjenigen deferirt werden, der in dem Augenblick, da der Anfall ſich ereignen ſoll, in dem Beſitze iſt der erforderlichen perſönlichen Qualification. Daher muß bei der teſtamentariſchen Erbfolge der zum Erben Beſtimmte im Augenblick des Anfalls eben ſowohl, wie zur Zeit des errichteten Teſtaments, Testamenti factio haben. Uebrigens bringt die Natur der Sache es mit ſich, daß die De-

lation der Erbſchaft nie bei dem Leben des zu Beerbenden erfolgen kann. Ob aber der Zeitpunkt der Delation mit dem Tode des zu Beerbenden zuſammenfällt, oder erſt ſpäter eintritt, das hängt von den Umſtänden ab. So z. B. wird demjenigen, der im Teſtamente pure inſtituirt iſt, die Erbſchaft gleich bei dem Tode des Teſtators deferirt werden; demjenigen aber, der unter einer, bei dem Tode des Teſtators noch ſchwebenden, Bedingung inſtituirt iſt, erſt dann, wenn ſpäterhin die Bedingung erfüllt worden.

2. Eine zweite Vorausſetzung für den Erwerb beſteht darin, derjenige, welcher erwerben ſoll, muß auch für den Erwerb gehörig qualificirt ſein. Wobei denn, was die teſtamentariſche Erbfolge betrifft, wieder das Erforderniß der **Testamenti factio** in Betracht kommt. Es kann Jemand zur Zeit der Delation **Testamenti factio** haben, dieſe aber ſpäter verlieren, und dadurch an dem Erwerbe der Erbſchaft gehindert werden. Mehr hierüber in der Folge, im §. 934.

3. Ferner kommt in Betracht die Art und Weiſe des Erwerbes. Gewiſſe Perſonen erwerben die Erbſchaft **ipso jure**, d. h. es iſt hinreichend, daß die Erbſchaft ihnen deferirt wird, damit ſie in demſelben Augenblicke ſofort und ohne Weiteres auch wirkliche Erben werden. Dahin gehören nach Juſtinianiſchem Rechte die Sclaven eines Verſtorbenen, wenn ſie von dieſem im Teſtamente zu Erben eingeſetzt ſind: **Necessarii heredes** [1]. Ferner: die **Sui heredes** des Verſtorbenen, es mag ihnen nun die Erbſchaft **ex testamento** oder **ab intestato** deferirt werden. Dieſe Erben werden auch **Sui et necessarii** genannt. Die Vorausſetzungen aber, unter denen Jemand in Beziehung auf den Erwerb der Erbſchaft als **Suus** angeſehen wird, ſind dieſelben, von welchen vor der **Nov. 118.** bei der Inteſtaterbfolge der Anfall der Erbſchaft auf den Grund der Suität abhing. Sie ſind nämlich folgende:

a. Der, welcher als **Suus** angeſehen werden ſoll, muß zur Todeszeit des zu Beerbenden ſich in deſſen väterlicher Gewalt befinden. Dies gilt eigentlich von dem ſchon Geborenen; unei-

1) pr. et §. 1. J. h. t. (II, 19.)

gentlich von demjenigen, der zur Todeszeit des zu Beerbenden ſich noch in **utero matris** befindet.

b. Es darf zur Zeit der Delation der Erbſchaft keine Mittelsperſon vorhanden ſein. Daß zur Zeit des Todes des Erblaſſers eine ſolche Perſon vorhanden iſt, das allein hindert indeſſen nicht, ſobald nicht in demſelben Augenblicke die Delation der Erbſchaft Statt findet.

Z. B.

A. hat einen Sohn **B.**, und einen Enkel **C.** durch den Sohn **B.** in ſeiner Gewalt. **A.** exheredirt den **B.**, und ſetzt einen **Extraneus**, den **D.**, zum Erben ein. **A.** ſtirbt zu einer Zeit, wo **B.** und **C.** noch in ſeiner Gewalt ſind. Hier iſt zwiſchen ihm und dem **C.** noch eine Mittelsperſon **B.** **D.** erklärt ſich nicht gleich über die Antretung der Erbſchaft, und während er deliberirt, ſtirbt der **B.** Jetzt ſchlägt **D.** die Erbſchaft aus, und nun tritt Inteſtaterbfolge ein. Hier wird **C.** als **suus heres** die Erbſchaft **ipso jure** erwerben [2]).

Uebrigens: Wenn ſchon der **Suus jure civili** Erbe wird, er mag wollen oder nicht — und nachdem er es einmal geworden iſt, auch fortdauernd Erbe bleibt; ſo kommt ihm doch nach prätoriſchem Rechte das ſ. g. **Beneficium abstinendi** zu Statten [3]).

In dieſer Beziehung ſind folgende bei **Suis** übliche Ausdrücke zu merken: »**immiscere se hereditati**« — und »**abstinere se hereditate**«, oder auch bloß **abstinere hereditate** ohne **se**. Jener Ausdruck, **immiscere se hereditati**, wird gebraucht, wenn der **Suus** ſich in der That als Erbe gerirt; dieſer, **abstinere se hereditate**, dann, wenn er er-

2) S. §. §. 7. 8. I. d. heredit., quae ab intest. def. III, 1.

3) §. 2. I. h. t.

Digitized by Google

klärt, ſich der Erbſchaft enthalten zu wollen — da dann die Gläubiger des Verſtorbenen, Falls ſie ihn in Anſpruch nehmen wollen, mit ihrer Klage nicht zugelaſſen werden [4]); wogegen aber auch ihm die Klagen, welche den Erben zuſtehen, verſagt werden. Das Nähere im Abſchnitt IV dieſes Kapitels, §. 975.

Das Bisherige bezog ſich auf diejenigen Perſonen, welche die Erbſchaft ipso jure erwerben. Bei allen Uebrigen bedarf es zum Erwerbe der Erbſchaft einer Erklärung, Erbe ſein zu wollen, wobei es keinen Unterſchied macht, ob die Erbſchaft ex testamento oder ab intestato deferirt iſt. Dieſe Erben heißen Extranei, oder auch Voluntarii. Der allgemeine Ausdruck aber für jene Erklärung iſt Aditio hereditatis, Antretung der Erbſchaft. Wogegen die entgegengeſetzte Erklärung, die Erklärung alſo, daß man nicht Erbe ſein wolle, bei extraneis heredibus Repudiatio hereditatis genannt wird, Ausſchlagung der Erbſchaft.

Es bleibt jetzt

4. noch die Frage übrig: Wenn Jemand die Erbſchaft ausgeſchlagen hat, kann er ſie hinterdrein doch noch antreten? Oder: Wenn ein Suus abſtinirt hat, kann er ſich hinterdrein noch immiſciren?

Was zuerſt betrifft den Fall der Repudiation — ſo iſt die Regel dieſe: Inwiefern Jemand eine Erbſchaft wirkſamer Weiſe ausgeſchlagen hat, inſofern kann er ſie nicht erwerben. Und dieſe Regel gilt auch in Beziehung auf den Fall, da ein Suus abſtinirt [5]). Doch iſt es der Regel nicht entgegen, daß Einer, welcher inſtituirt und zugleich vulgariter ſubſtituirt iſt, die Erbſchaft, inſofern ſie ihm ex institutione zufällt, ausſchlagen, und deſſen ungeachtet, inſofern ſie ihm ex substitutione

4) L. 57. pr. D. h. t. (XXIX, 2.) »Necessariis heredibus non solum impuberibus, sed etiam puberibus abstinendi se ab hereditate Proconsul potestatem facit, ut quamvis creditoribus hereditariis ipso jure teneantur, tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem. Sed impuberibus quidem, etiam si se immiscuerint hereditati, praestat abstinendi facultatem, puberibus autem ita, si se non immiscuerint.«

5) L. 4. C. d. repud. v. abstin. hered. VI, 31. Die Stelle ſpricht zunächſt nur von dem Falle der Repudiation: das Gleiche gilt aber auch für den Fall, da der Suus abſtinirt.

deferirt wird, antreten kann [6]). Eben ſo wenig widerſtreitet es unſerer Regel, daß derjenige, welcher eine ihm ex testamento deferirte Erbſchaft ausgeſchlagen hat, hinterdrein eben dieſe Erbſchaft ſehr füglich antreten kann, wenn ſie ihm ab intestato deferirt wird [7]).

Ich komme nunmehr zu den Ausnahmen:

Es gibt Einen Fall, wo Jemand durch das Ausſchlagen einer Erbſchaft nicht bloß in der Beziehung ausgeſchloſſen wird, in welcher er ausgeſchlagen hat, und in welcher auszuſchlagen allein ſeine Abſicht war, ſondern zugleich in einer davon ganz verſchiedenen Beziehung. Dies iſt der Fall, da Jemand ſein unmündiges Kind zum Erben und mich zum Miterben ernannt hat; zugleich hat er mich dem Unmündigen pupillariter ſubſtituirt. Wenn ich da die väterliche Erbſchaft ausſchlage, ſo bin ich dadurch auch von der Pupillar-Erbſchaft ausgeſchloſſen [8]), ein Fall, wovon ſchon in der Lehre von der Pupillar-Subſtitution die Rede geweſen iſt. Vgl. §. 846.

Gerade entgegengeſetzter Art iſt der Fall, da ein Extraneus heres repudiirt hat — und nun durch das Medium der In integrum restitutio es dahin bringt, daß ihm hinterdrein doch noch die Antretung der Erbſchaft geſtattet wird. Dabei iſt jedoch zu bemerken, daß, wenn etwa derjenige, welcher in der Zwiſchenzeit ſeiner Seits Erbe geworden iſt, Veräußerungen vorgenommen hat, die Reſtitution ſogar da verſagt zu werden pflegt, wo ſie auf den Grund der Minderjährigkeit nachgeſucht wird [9]).

So verhält es ſich mit einem Extraneus, welcher repudiirt hat. Aber auch in dem zweiten Falle, da ein Suus abſtinirt hat, kann es vorkommen, daß derſelbe hinterdrein mutato consilio wünſcht, ſich immiſciren zu dürfen. Hierüber enthält eigenthümliche Beſtimmungen die L. ult. C. d. repud. v. abstin. hered. VI, 31., eine Verordnung von Juſtinian. Die Verordnung wird verſchieden erklärt. Die richtige Erklärung iſt folgende:

6) L. 76. §. 1. D. h. t.

7) L. 17. § 1. D. eod. (S. unten §. 934. Note 2.)

8) L. 10. §. 3. D. d. vulg. et pupill. subst. XXVIII, 6.

9) S. L. 24. §. 2. D. d. minorib. IV, 4.

Iſt aus der Verlaſſenſchaft noch nichts veräußert, ſo kann der Suus ſich mutato consilio ohne Weiteres immiſciren, er braucht nicht einmal um Reſtitution nachzuſuchen; nur muß er eine gewiſſe Friſt einhalten, nämlich eine Friſt von drei Jahren. Dieſe Friſt wird jedoch, nach Verſchiedenheit der Umſtände, verſchieden berechnet. Iſt derjenige, welcher abſtinirt, noch keine neun und zwanzig Jahre alt, ſo fängt man die Berechnung mit dem vollendeten neun und zwanzigſten Jahre an. Bei demjenigen aber, der bereits neun und zwanzig Jahr oder darüber zählt, wird gerechnet von dem Augenblicke an der erfolgten Entſagung.

Sind aber bereits Veräußerungen vorgenommen, ſo bedarf es der Reſtitution; und dieſe wird dem Suus nur dann ertheilt, wenn er während der Minderjährigkeit abſtinirt hat, und auch die Veräußerungen während ſeiner Minderjährigkeit vorgenommen ſind. Uebrigens iſt dabei der minderjährige Suus hinſichtlich der Zeit, in welcher er um Reſtitution nachſuchen muß, ganz beſonders begünſtigt — er kann ſie nachſuchen bis zu ſeinem vollendeten zwei und dreißigſten Jahre. Vgl. §. 183. Nr. 3.

B. Von dem Erwerbe der Erbſchaft durch Antretung insbeſondere. (§. §. 934. 935.)

§. 934.

A. Von der Antretung der Erbſchaft an und für ſich.

1. Das erſte Erforderniß, worauf es bei dem Erwerbe der Erbſchaft durch Antretung ankommt, iſt dieſes: Der Antretende muß von der Delation der Erbſchaft unterrichtet ſein — ſonſt iſt die Antretung ohne Wirkung. Der Antretende muß alſo vor allen Dingen darüber Gewißheit haben, daß der zu Beerbende geſtorben ſei [1]). Und ferner: Er muß auch die näheren Umſtände der Delation kennen; er muß wiſſen, ob die Erbſchaft ihm ex testamento deferirt ſei, oder ab intestato; und in jenem Falle muß er überdies unterrichtet ſein davon, ob er

1) L. 19. L. 32. pr. D. h. t. (XXIX, 2.)

pure zum Erben eingeſetzt ſei, oder **sub conditione.** Die Antretung der Erbſchaft iſt nur inſofern wirkſam, als ſie der Delation gemäß iſt [2]).

2. Der Regel nach muß der deſignirte Erbe ſelbſt **in eigener Perſon** diejenige Erklärung abgeben, wodurch die Erbſchaft erworben werden ſoll [3]).

Dieſe Regel iſt indeſſen doch nicht ohne Ausnahme; wie ſich alsbald zeigen wird. Nämlich:

3. Ein drittes Erforderniß beſteht darin: Der Antretende muß eines **vernünftigen Wollens** fähig ſein, wie das bei jeder andern rechtlichen Willenserklärung ebenfalls nothwendig iſt. — Und daher ſind ausgeſchloſſen von der Antretung der Erbſchaft **Wahnſinnige**, **Blödſinnige** und **Infantes.**

Indeſſen fehlt es nun doch, wenn eine Erbſchaft Perſonen dieſer Art deferirt iſt, nicht an Aushülfe. Wie dem Wahnſinnigen oder Blödſinnigen geholfen wird, das werden wir in der Folge ſehen, im §. 954. — Wie nun aber, wenn einem **Infans** eine Erbſchaft zugefallen iſt? Da kann, vermöge einer Ausnahme von der Regel, die wir unter Nr. 2. kennen gelernt haben, ſtatt des Kindes der Parens die Erbſchaft antreten, wenn das Kind unter väterlicher Gewalt ſteht — oder der Tutor, wenn es unabhängig iſt [4]).

4. Derjenige, welcher die Erbſchaft antritt, muß im Stande ſein, ſich ſelbſt, oder denjenigen, welchem durch ihn die Erbſchaft erworben wird, vollgültig zu verpflichten. Denn es werden ja hier nicht bloß Rechte erworben, ſondern auch Verpflichtungen übernommen, theils gegen die Gläubiger des Verſtorbenen, theils gegen diejenigen, welchen Vermächtniſſe geleiſtet werden ſollen. Daher können **Impuberes infantia majores** eine

2) L. 17. §. 1. D. h. t. »Heres institutus, idemque legitimus, si quasi institutus repudiaverit, quasi legitimus non amittit hereditatem. Sed si quasi legitimus repudiavit, si quidem scit, se heredem institutum, credendus est, utrumque repudiasse, si ignorat, ad neutrum ei repudiatio nocebit, neque ad testamentariam, quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerat delata.« (Vgl. oben §. 933. Note 7.) L. 22. L. 32 §. 1. D. h. t.

3) L. 90. pr. D. h. t. L. 5. C. h. t. (VI, 30.)

4) Die Zuläſſigkeit dieſes Verfahrens gründet ſich auf eine Conſtitution v. **Valentinian III**: L. 18. C. h. t. v. J. 426. n. Chr.

Erbſchaft zwar antreten, aber nicht für ſich allein; derjenige, welcher unter Tutel ſteht, muß Tutore auctore antreten [5]). Steht aber der Unmündige in väterlicher Gewalt, ſo iſt die Antretung gültig, wenn ſie mit des Parens Zuſtimmung erfolgt [6]).

Eine fernere Folge aus unſerem Grundſatz iſt, daß derjenige, welcher die anzutretende Erbſchaft, wegen der Unterwürfigkeit unter der Gewalt eines Andern, nicht für ſich erwirbt, ſondern für dieſen Andern, nur dann gültiger Weiſe antritt, wenn er auf dieſes Andern Befehl handelt [7]).

5. In dem Falle, da die Erbſchaft ex testamento deferirt wird, iſt noch beſondere Rückſicht zu nehmen auf das Erforderniß der Testamenti factio. Nämlich es reicht nicht hin, daß der Erbe Testamenti factio habe im Augenblick der Delation — er muß ſie auch haben im Augenblick der Antretung. Ja er darf ihrer auch in der Zwiſchenzeit nicht entbehrt haben. Der Erbe alſo muß von dem Augenblicke der Delation an bis zu dem Augenblicke der Antretung unausgeſetzt im Beſitze der Testamenti factio geblieben ſein. Es verhält ſich mit dieſer Zwiſchenzeit anders, als mit dem Zeitraume, welcher in der Mitte liegt zwiſchen der Erbeseinſetzung und dem Anfall der Erbſchaft [8]). Nach älterem Rechte kamen nun, außer der Testamenti factio, noch andere Eigenſchaften in Betracht, durch welche im Fall der teſtamentariſchen Erbfolge die Capacität des Erben mehr oder weniger bedingt ward. Von dieſen iſt im erſten Kapitel die Rede geweſen. §. 788. Das Juſtinianiſche Recht weiß davon nichts.

6. Was den Inhalt betrifft der abzugebenden Erklärung, ſo darf dieſe nicht bedingt gefaßt werden: der Erbe muß die Erbſchaft pure antreten [9]).

Und ferner: der Erbe muß die ihm deferirte Erbſchaft ganz und ungetheilt antreten; es iſt nicht zuläſſig, daß er ſie zum Theil annehme, zum Theil aber ausſchlage. Dies geht

5) §. 1. I. d. auctor. tutor. I, 21.
6) cit L. 18. C. h. t.
7) §. 3. I. per quas pers. nob. acquir. II, 9.
8) L. 49. §. 1. D. d. hered. instit. XXVIII, 5. §. 4. I. h. t. (II, 19.)
9) L. 37. D. d. R. J. (S. oben §. 96. Note 1.) L. 51. §. 2. D. h. t.

ſo weit: Wer in mehre Erbportionen inſtituirt iſt, der erwirbt, wenn er einmal die eine angetreten hat und dadurch Erbe geworden iſt, ipso jure auch die übrigen; ja er darf dieſe gar nicht einmal repudiiren, geſetzt auch, daß er ſie nicht haben wollte [10]. Denken wir uns daher: Einer iſt in einem Theile der Erbſchaft pure, und in einem andern sub conditione zum Erben ernannt. Tritt ein ſolcher den ihm pure hinterlaſſenen Theil der Erbſchaft an, während die Bedingung, unter welcher ein anderer Theil der Erbſchaft ihm zugedacht iſt, ſchwebt, ſo iſt der Erfolg der: Wird hinterdrein die Bedingung erfüllt, ſo wird dem Erben der bedingt hinterlaſſene Erbtheil ipso jure erworben. Ja es findet hier ſogar folgende merkwürdige Anomalie Statt: Geht, während die Bedingung ſchwebt, der Inſtituirte mit Tode ab, und die Bedingung wird nach ſeinem Tode erfüllt, ſo wird der ihm sub conditione hinterlaſſene Erbantheil ſeinen Erben erworben; während doch ſonſt die Regel die iſt: die Inſtitution iſt nur inſofern wirkſam, als der Inſtituirte den Anfall der Erbſchaft erlebt [11].

Das hier Geſagte findet namentlich Anwendung auf den Fall, da Jemand in einem Theile der Erbſchaft inſtituirt, in einem andern aber vulgariter ſubſtituirt iſt [12]. Aber auch Folgendes ſteht mit unſerer Regel im Zuſammenhange. Denken wir uns: Ein Unmündiger iſt von dem Parens zum Erben ernannt — und ein Miterbe iſt ihm pupillariter ſubſtituirt. Wird hier der Subſtitut Erbe des Parens, ſo erwirbt er dann ſpäterhin die Pupillar-Erbſchaft ohne Weiteres, ohne Antretung, ſelbſt wider ſeinen Willen [13]. Iſt der Pupillarſubſtitut ſelbſt bei des Pupillen Tode nicht mehr am Leben — ſo erwirbt ſein Erbe die Pupillar-Erbſchaft, ebenfalls ohne Weiteres [14]. S. §. 847.

7. In Beziehung auf die Form der Antretung iſt Folgendes zu merken: Unter adire hereditatem und Aditio here-

10) L. 2. L. 80. §. §. 1–3. D. h. t. L. 20. C. h. t.

11) S. L. 53. pr. D. h. t.

12) Vgl. L. 35. pr. L. 76. pr. D. h. t.

13) L. 59. D. h. t. cit. L. 20. C. h. t.

14) cit. L. 59. D. h. t.

ditatis iſt, inwieweit dieſe Ausdrücke in der allgemeineren Bedeutung genommen werden, jede Handlung zu verſtehen, wodurch ein Extraneus zu erkennen gibt, daß er Erbe ſein wolle. Dieſe Handlung kann in einer ausdrücklichen Erklärung beſtehen, und dafür braucht man die Ausdrücke »adire« oder »Aditio«, wenn man ſie im engeren Sinne nimmt. Es kann Jemand aber ſeine Abſicht, Erbe zu ſein, auch ohne eine ausdrückliche Erklärung dadurch zu erkennen geben, daß er unmittelbar dasjenige vornimmt, was einem Erben zukommt und gebührt; z. B. indem er Grundſtücke, welche zu der Maſſe gehören, verpachtet oder vermiethet, oder ausſtehende Forderungen des Verſtorbenen einzieht, Schulden deſſelben bezahlt u. ſ. w. [15]). Dies nennt man »pro herede gerere«, »pro herede gestio« [16]). In älterer Zeit wurden bei der ausdrücklichen Antretung der Erbſchaft häufig gewiſſe feierliche Worte gebraucht, das nannte man »cernere hereditatem« [17]). Das Juſtinianiſche Recht aber kennt dieſe feierliche Art ausdrücklicher Antretung nicht mehr. Die Aditio hereditatis iſt etwas durchaus Formloſes.

Zuletzt verdient noch

8. die Frage berückſichtigt zu werden: Wenn Jemand zur Antretung der Erbſchaft gezwungen worden iſt — kann eine ſolche Antretung als gültig betrachtet werden? Wir haben Eine Stelle [18]), nach welcher man, wenn man ſie abgeſondert für ſich betrachtet, ſagen müßte: Eine erzwungene Antretung iſt nichtig. Wenn man aber mit ihr andere Stellen verbindet [19]), ſo ergibt ſich ein anderes Reſultat: die erzwungene Antretung

15) §. ult. I. h. t. L. 20. pr. et §. 1. L. 88. D. h. t.

16) Vergl. über dieſen Unterſchied zwiſchen hereditatem adire u. pro herede gerere L. 14. §. 8. D. d. religios. XI, 7. L. 69. D. h. t. L. 19. C. h. t.

17. Vgl. Gaj. II. §. §. 164—173. §. §. 174. 176—178. Ulp. XXII. §. §. 25—32. §. §. 33. 34.

18) L. 6. §. 7. D. h. t. (Ulpianus.) »Celsus . . . scripsit: eum, qui metu verborum vel aliquo timore coactus fallens adierit hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere.«

19) L. 85. D. eod. (Papinianus.) »Si metus causa adeat quis hereditatem, fiet, ut quia invitus heres existat, detur abstinendi facultas.« L. 21. §. 5. D. quod met. c. gest. er. IV, 2. (S. oben §. 84. Note 4.)

iſt an ſich der Strenge nach gültig; aber der, welcher angetreten hat, kann ſich, auf den Grund des erlittenen Zwangs, gegen die Antretung in integrum reſtituiren laſſen.

§. 935.

B. Von dem Deliberationsrechte.

† DIG. XXVIII, 8. De jure deliberandi. — † COD. VI, 30. De jure deliberandi etc.

Der Heres voluntarius iſt keineswegs gezwungen, ſich ſogleich über die Erbſchaft zu erklären: Es ſteht ihm frei, die Erbſchaft erſt zu prüfen, bevor er ſich darüber erklärt — er hat Potestatem deliberandi. Aber es fragt ſich, in welche Grenzen iſt dieſe Potestas deliberandi eingeſchloſſen?

Es kommt hier auf zweierlei an:

1. Inwieweit iſt der Erbe, während er deliberirt, über die Erbſchaft zu disponiren befugt?

Der Erbe iſt befugt, die zur Erbſchaftsmaſſe gehörenden Urkunden, und namentlich die Rechnungsbücher des Verſtorbenen einzuſehen [1]). Erfordert die Erbſchaft einen nothwendigen Aufwand, ſo darf er dieſen aus der Maſſe beſtreiten. Zu einem Aufwande dieſer Art gehört auch die Bezahlung der Schulden des Verſtorbenen, wenn, im Fall der Zögerung, eine Strafe erlegt werden müßte, oder der Verkauf gegebener Unterpfänder von Werth zu beſorgen ſteht. Die Mittel zur Beſtreitung eines ſolchen Aufwandes gewährt dem Deliberirenden zunächſt die in der Maſſe vorgefundene Baarſchaft. Er darf aber auch, um ſich die nöthige Baarſchaft zu verſchaffen, unter obrigkeitlicher Genehmigung, Sachen, welche durch Aufbewahrung ſchlechter werden würden, oder deren Beibehaltung übermäßige Koſten erfordern würde, verkaufen, desgleichen ausſtehende Forderungen einziehen u. ſ. w. [2]). — Iſt der Erbe ein Kind des Verſtorbenen, ſo darf er für ſich aus der Erbſchaft auch Alimente nehmen [3]).

1) L. 5. pr. D. h. t. L. 28. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2.

2) L. 5. §. 1. L. 6. L. 7. §. 3. D. h. t.

3) L. 9. D. h. t.

2. Wie lange dauert die Potestas deliberandi?

Es kann ſein, der Teſtator hat eine peremtoriſche Friſt vorgeſchrieben, innerhalb deren der Erbe ſich erklären ſoll [4]). Zur Zeit der claſſiſchen Juriſten war dies etwas ſehr Gewöhnliches [5]). Fehlt es aber an einer ſolchen Vorſchrift, ſo iſt der Erbe an keine Zeit gebunden, ſo lange Niemand, der bei ſeiner Erklärung intereſſirt iſt, ihn drängt.

Wie aber, wenn Creditoren, Legatare, Subſtituten, Inteſtaterben auf Erklärung dringen?

Während der Zeit, welche Juſtinian dem Erben zur Anfertigung eines Inventarii geſtattet — ein Gegenſtand, auf den wir in der Folge noch kommen werden, §. 938. — während dieſer Zeit iſt der Erbe, alles Andranges ungeachtet, ſich zu erklären nicht verbunden [6]). Nach dem Ablauf dieſer Friſt muß er ſich nun aber ſofort erklären, oder um eine beſondere Deliberationsfriſt eigens nachſuchen, entweder bei dem Regenten, oder auch bei einem Magiſtrate, oder dem Richter. Dieſe Friſt jedoch ſoll, wenn ſie von dem Regenten ertheilt wird, nie die Dauer eines Jahres, wenn ſie aber bei dem Richter nachgeſucht wird, nie einen Zeitraum von neun Monaten überſteigen; auf wiederholte Friſtgeſuche ſoll gar keine Rückſicht genommen werden. [7]). — Wenn nun aber der Erbe ſich nicht ſofort erklärt, und auch die etwa erbetene Deliberationsfriſt unbenutzt vorübergehen läßt, ſo kommt es dann darauf an, wer auf Erklärung gedrungen hat. War dies der Subſtitut oder der Inteſtaterbe, ſo wird die Erbſchaft zu deſſen Gunſten für ausgeſchlagen angeſehen [8]); waren es die Gläubiger des Verſtorbenen, ſo gilt die Erbſchaft für angetreten, und der Erbe muß ihnen gerecht werden [9]). Daſſelbe gilt in Anſehung der Legatare.

4) L. 72. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2.

5) Es hing dies mit dem im vorigen §. erwähnten Cernere hereditatem zuſammen. Die Friſt, innerhalb welcher dies vorgenommen werden mußte, hieß gleichfalls Cretio. S. d. vor. §. Note 17.

6) L. ult. §. 11. C. h. t.

7) cit. L. ult. §. 13. C. h. t.

8) L. 69. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2.

9) cit. L. ult. §. 14. C. h. t.

Digitized by Google

Mehre unter den Neueren 10) ſind der Meinung, es gebe nach Juſtinianiſchem Recht eine geſetzmäßige Deliberationsfriſt von Einem Jahre, welche ſchlechthin einem Jeden ſchon von ſelbſt zu Statten komme; habe der Erbe aber dieſe verſtreichen laſſen, ohne ſich zu erklären, ſo könne er dann noch um eine beſondere Deliberationsfriſt von Einem Jahre oder von neun Monaten nachſuchen. Es iſt dies aber ungegründet; es beruhet auf einer durchaus falſchen Interpretation der L. 19. C. h. t.

II. Von den rechtlichen Folgen des Erwerbes einer Erbſchaft im Allgemeinen. (§. §. 936—958.)

A. Von der Repräſentation des Erblaſſers durch den Erben. (§. §. 936—939.)

§. 936.

1. Allgemeine Grundſätze.

1. Die Regel iſt dieſe: Der Erbe wird Subject aller auf das Vermögen ſich beziehenden Rechte und Verbindlichkeiten des Verſtorbenen 1). Ausnahmen ſiehe §. 937.

2. Die Repräſentation des Verſtorbenen durch den Erben erſtreckt ſich nicht etwa bloß auf den dem Erwerbe der Erbſchaft folgenden Zeitraum, ſondern, wie ſpät auch immer der Erwerb eintreten mag, ſie ſchließt ſich an den Augenblick des Todes des zu Beerbenden an. S. §. 780.

3. Aus dem Begriffe der Repräſentation folgt, daß der Erbe den Gläubigern des Verſtorbenen eben ſo verpflichtet iſt, wie der Verſtorbene ſelbſt. Dieſer aber war — wenigſtens haben wir das als die Regel anzuſehen — ſeinen Gläubigern zu vollſtändiger Befriedigung verbunden; und folglich iſt dazu auch der Erbe verpflichtet, ohne Rückſicht darauf, ob die Activa der Erbſchaft ihn dazu in den Stand ſetzen oder nicht. Reichen dieſe

10) So z. B. Höpfner, Commentar. §. 548.

1) L. 37. D. h. t. (XXIX, 2.) L. 1. C. si certum petatur. IV, 2.

Activa nicht hin, ſo muß er das Fehlende aus ſeinem eigenen Vermögen hergeben [2]).

Nach dem Rechte zur Zeit der claſſiſchen Juriſten gab es von dieſer Regel nur Eine, für uns unpraktiſch gewordene, Ausnahme, und zwar zu Gunſten des ſeinen Herrn beerbenden Sclaven. Dieſer durfte bei dem Prätor darauf antragen, daß der Nachlaß ſeines Herrn als etwas Abgeſondertes für ſich betrachtet würde, nämlich als abgeſondert von demjenigen, was er, der Erbe, in der Folge etwa, ohne Beziehung auf dieſen Nachlaß, erwerben möchte [3]).

Außerdem aber war der Erbe den Creditoren des Verſtorbenen ſchlechthin verpflichtet, die Schulden mochten die Kräfte der Erbſchaft überſteigen oder nicht. Und ſo konnte denn leicht der Erwerb der Erbſchaft für den Erben mit großen Verluſten verbunden ſein. Die Furcht vor einem Verluſt dieſer Art mußte es daher für den Erben höchſt bedenklich machen, eine Erbſchaft anzutreten, die er nicht ſorgfältig vorher geprüft hatte — und darin eben lag vornehmlich das Intereſſe des Erben an dem **Jus deliberandi**. Nur für die Soldaten fiel in ſpäterer Zeit, vermöge einer Conſtitution des Kaiſers Gordianus, dieſe Beſorgniß weg. Gordianus ertheilte nämlich den Soldaten das Privilegium: Sie ſollten als Erben den Gläubigern des Verſtorbenen nie zu einem Mehren verpflichtet ſein, als wozu die **Activa** der Erbſchaft hinreichten [4]). Juſtinian hat nun aber allen Erben überhaupt ein Mittel an die Hand gegeben, ſich gleiches Vortheils zu verſichern — nämlich, wenn ſie über den Beſtand der Erbſchaft ein Inventarium aufnehmen. Die unter dieſer Vorausſetzung dem Erben zukommenden Vortheile bezeichnen die Neueren mit dem Ausdrucke **Beneficium inventarii**, und diejenigen, welche ſich dieſes Beneficium zu Nutze machen, nennen ſie Benficialerben. Das Nähere hierüber wird vorkommen im §. 938.

4. Indem der Erbe in die Rechtsverhältniſſe des Verſtorbe-

2) L. 8. pr. D. h. t. (II, 19.)

3) L. 1. §. ult. D. d. separationib. XLII, 6. §. 1. I. h. t.

4) L. ult. pr. et §. ult. C. h. t. (VI, 30.) §. 6. I. h. t.

nen eintritt, ſo tritt er in deſſen Stelle nicht nur hinſichtlich dritter Perſonen, ſondern auch hinſichtlich ſeiner ſelbſt. Wenn er daher zu dem Verſtorbenen in einem obligatoriſchen Verhältniſſe ſtand, ſo vereinigen ſich nun in ihm, in Beziehung auf dieſe obligatoriſchen Verhältniſſe, Recht und Verpflichtung. Davon aber iſt eine nothwendige Folge, daß das obligatoriſche Verhältniß aufhört; die **Obligatio** iſt nunmehr durch Confuſion aufgehoben. Vgl. §. 461.

B. Modificationen derſelben. (§. §. 937—939.)

§. 937.

a. Von Rechten und Verbindlichkeiten, welche auf den Erben nicht übergehen.

I. Es gibt Ausnahmen, beruhend auf *geſetzlicher Beſtimmung*. Nämlich diejenigen Rechtsverhältniſſe, welche *ſtreng an die Perſon gebunden* ſind, dieſe ſind von der univerſellen Succeſſion des Erben ausgenommen:

Es gibt *dingliche* Rechte dieſer Art: dahin gehören der **Usufructus**, der **Usus**, die **Habitatio**: dieſe Servituten erlöſchen bekanntlich mit dem Tode des Inhabers. — Es gibt aber auch *obligatoriſche* Verhältniſſe, die nicht auf den Erben übergehen. So hört z. B. die Societät mit dem Tode des einen oder des anderen **Socius** auf. Ferner kommt häufig bei Klagen der Fall vor, daß ſie entweder *von* dem Erben nicht angeſtellt werden können, oder nicht *gegen* den Erben — ein Gegenſtand, der ſchon früher im §. 147. ausführlich behandelt worden, und in deſſen Auseinanderſetzung ich eben deshalb hier nicht einzugehen brauche. — Auch gibt es bekanntlich *Privilegien*, welche ſtreng an die Perſon gebunden ſind. S. §. 123.

II. Es kann nun aber auch geſchehen, daß der Verſtorbene ſelbſt durch *letztwillige Dispoſitionen* dieſes oder jenes in ſeinem Vermögen enthaltene Recht von der univerſellen Succeſſion des Erben ausgenommen hat. Denken wir uns z. B., der Verſtorbene hat das Eigenthum einer Sache, die ihm gehört, irgend Jemanden pure legirt: hier wird der Erbe zwar in die

übrigen Rechte des Verſtorbenen ſuccediren, aber nicht in das Eigenthum dieſer Sache: dieſes geht durch ſinguläre Succeſſion auf den Legatar über.

§. 938.

b. Von dem ſ. g. **Beneficium inventarii.**

Das Beneficium inventarii beſteht in gewiſſen eigenthümlichen Vortheilen, deren der Erbe ſich durch ein gehörig angefertigtes Inventarium über die Verlaſſenſchaft des Verſtorbenen verſichern kann. Wogegen die Nichtanfertigung eines ſolchen Inventarii mit beſondern Nachtheilen verknüpft iſt [1]). Es kommt nun gegenwärtig darauf an, erſtens: die Vorausſetzungen anzugeben, unter welchen der Erbe zu den in dem Beneficio inventarii enthaltenen Vortheilen gelangt. Sodann werden zweitens dieſe Vortheile ſelbſt näher zu bezeichnen ſein. Und endlich wird drittens von den Nachtheilen zu handeln ſein, welche die unterlaſſene Anfertigung eines Inventarii mit ſich führt.

I. Vorausſetzungen.

1. Vor Allem kommt es an auf die Zeit der Anfertigung. Sobald der Erbe von dem Anfall der Erbſchaft benachrichtigt iſt, ſo muß er, von da an, binnen dreißig Tagen mit der Anfertigung des Inventarii den Anfang machen — und innerhalb anderer sechszig Tage muß er daſſelbe vollenden. Wenn jedoch der Erbe von dem Orte, wo die Erbſchaft, oder doch der größte Theil der dazu gehörigen Gegenſtände, ſich befindet, abweſend iſt, ſo wird ihm zur Anfertigung und Vollendung des Inventarii eine Jahresfriſt geſtattet, welche mit dem Tode des zu Beerbenden ihren Anfang nimmt [2]).

2. Ueber die Form der Anfertigung enthält der §. 2. der L. ult. C. h. t. folgende Vorſchriften: Es ſollen Tabularii

1) Die hieher gehörigen geſetzlichen Beſtimmungen beruhen ſämmtlich auf Juſtinianiſchen Conſtitutionen. Die Hauptverordnung iſt L. ult. C. d. jure deliber. VI, 30. Nachträgliche Beſtimmungen finden ſich in der Nov. 1. c. 2. Eine kurze Nachricht über den Inhalt der zuerſt erwähnten Conſtitution enthält §. 6. I. de hered. qualit. et differ. II, 19.

2) cit. L. ult. §. §. 2. 3. C. h. t. (VI, 30.)

zugezogen werden. Der Erbe ſoll das Inventarium unterſchreiben, und bei der Unterſchrift einestheils die Geſammtſumme des Betrages angeben, anderntheils aber die Verſicherung ausſtellen, daß nichts unterſchlagen ſei. Iſt der Erbe des Schreibens unkundig, ſo ſoll er das Inventarium mit einem Kreuze unterzeichnen, und daſſelbe von einem zu dieſem Zwecke eigens und beſonders zugezogenen Tabularius in Gegenwart von Zeugen, ſtatt ſeiner, unterſchreiben laſſen. Hierzu fügt die Nov. 1. c. 2. §. 1. noch die Vorſchrift hinzu, daß der Erbe die am Orte gegenwärtigen Legatare und Fideicommiſſare auffordern ſoll, der Anfertigung des Inventariums beizuwohnen. Sind die Legatare und Fideicommiſſare nicht alle am Orte gegenwärtig, oder bleiben ſolche, welche gegenwärtig ſind, aus, ſo ſoll ihre Stelle durch Zeugen vertreten werden, an der Zahl nicht weniger, als drei. — Heutiges Tages pflegt das Inventarium durch obrigkeitliche Perſonen aufgenommen zu werden, und alsdann bedarf es der von Juſtinian vorgeſchriebenen Förmlichkeiten nicht 3).

3. Eine fernere Vorausſetzung iſt dieſe: Der Erbe darf nicht etwa um Deliberationsfriſt nachgeſucht haben: dadurch verſcherzt er die eigenthümlichen Vortheile, die an und für ſich die Anfertigung des Inventariums ihm gewähren könnte 4).

II. Vortheile des errichteten Inventarium.

1. Während der für die Anfertigung eines Inventars geſetzlich vergönnten Friſt braucht der Erbe ſich über die Annahme der Erbſchaft nicht zu erklären, wie ſehr auch immer die dabei intereſſirten Perſonen auf Erklärung dringen mögen 5). Vergl. §. 935.

2. Das Verhältniß, in welchem der Erbe zu den Gläubigern des Verſtorbenen ſteht, iſt folgendes: Er braucht die Schulden des Verſtorbenen nur inſoweit zu berichtigen, als die Kräfte der Erbſchaft es geſtatten; ſein eigenes Vermögen braucht er nicht anzugreifen 6).

3) S. Höpfner, Commentar. §. 549. v. Bülow u. Hagemann, Praktiſche Erörterungen. IV. Nr. 62.

4) cit. L. ult. §. 14. C. h. t.

5) cit. L. ult. §. 11. C. h. t.

6) cit. L. ult. §. 4. C. h. t.

Ferner: die ihm ſelbſt gegen den Verſtorbenen zuſtändig geweſenen Forderungen kann er gerade eben ſo geltend machen, wie wenn nicht er Erbe wäre, ſondern irgend ein Dritter [7]). Hieraus folgt: wenn die Frage beantwortet werden ſoll, ob und inwieweit die Erbſchaftsmaſſe zureichend ſei — ſo werden diejenigen Poſten, welche der Verſtorbene dem Erben ſchuldig war, eben ſowohl unter den Passivis der Erbſchaft in Rechnung geſtellt, wie die übrigen Schulden. Wogegen es ſich denn aber freilich von ſelbſt verſteht, daß auch umgekehrt, bei Berechnung der Activa, die Forderungen, welche der Verſtorbene an den Erben hatte, eben ſo gut als andere in Anſchlag gebracht werden müſſen. Auf dieſe Weiſe werden alſo die allgemeinen Grundſätze von der Confuſion durch das Beneficium inventarii auf eine eigenthümliche Weiſe modificirt.

Endlich: Ueber die Art und Weiſe der Befriedigung der Gläubiger durch den Erben finden ſich folgende Beſtimmungen [8]): Der Erbe befriedigt die Gläubiger, wie ſie ſich eben melden, ohne daß er nöthig hätte, ſich darum zu bekümmern, ob etwa die eine Forderung vor der andern den Vorzug habe. Wird dadurch der eine oder der andere Gläubiger beeinträchtigt, ſo kann er ſich nur an die zu ſeinem Nachtheil befriedigten ſchlechteren Gläubiger, nicht aber an den Erben halten. Hat der Erbe den Legataren und Fideicommiſſaren die ihnen hinterlaſſenen Vermächtniſſe ausgezahlt, und es meldet ſich hinterdrein noch dieſer oder jener Creditor des Verſtorbenen, zu deſſen Befriedigung der Beſtand der Erbſchaft nicht mehr hinreicht, ſo hat auch hier der benachtheiligte Gläubiger ſich nicht an den Erben, ſondern an die Legatare und Fideicommiſſare zu halten. Fehlt es der Erbſchaft an der erforderlichen Baarſchaft und hat der Erbe Sachen, welche zur Erbſchaft gehören, verkauft, um vermittelſt des gelöſ'ten Kaufgeldes Gläubiger des Verſtorbenen, oder auch Legatare und Fideicommiſſare zu befriedigen — ſo hören die an den verkauften Sachen haftenden Pfandrechte auf:

7) cit. L. ult. §. 9. C. h. t.

8) In cit. L. ult. §. §. 4 — 8. C. h. t.

diejenigen, welchen die Sachen verpfändet waren, können die Käufer derſelben nicht in Anſpruch nehmen.

3. Was das Verhältniß des Erben zu den Legataren und Fideicommiſſaren betrifft, ſo verſchafft das Inventarium dem Erben gegen dieſe Perſonen nicht neue, von den allgemeinen Grundſätzen abweichende, Vortheile; es ſichert ihm nur die Ausübung der auf allgemeinen Grundſätzen beruhenden Rechte. Die Legatare und Fideicommiſſare können daher den Erben nur unter der Vorausſetzung in Anſpruch nehmen, daß überhaupt ein reines Vermögen vorhanden iſt; daß alſo die Activa der Maſſe die Passiva überſteigen. Und überdies kann der Erbe gegen ſie die Lex Falcidia geltend machen [9]).

III. Nachtheile der unterlaſſenen Anfertigung eines Inventarii.

Hat der Erbe gar kein Inventarium angefertigt — oder hat er wenigſtens die geſetzlichen Vorſchriften dabei nicht beobachtet, ſo entgehen ihm nicht nur die eigenthümlichen Vortheile, welche er ſich durch ein gehörig angefertigtes Inventarium verſchaffen konnte, ſondern es treffen ihn überdies eigenthümliche Nachtheile. Und zwar zeigen ſich dieſe in ſeinem Verhältniß zu den Legataren und Fideicommiſſaren. Nämlich er kann nun gegen dieſe die Lex Falcidia nicht geltend machen [10]). Ja, nach der Nov. 1. c. 2. §. 2. muß er die Vermächtniſſe für voll auszahlen, ſelbſt wenn ſie den Betrag des reinen Vermögens überſchreiten. Er kann ſich alſo nicht einmal auf jenen ſchon lange vor der Lex Falcidia beſtehenden Grundſatz berufen, daß Niemand mit einem Mehren belaſtet werden könne, als er empfangen hat. Auf dieſe Weiſe kann es kommen, daß derjenige, welcher die Anfertigung eines Inventars unterlaſſen hat, nicht nur zur Befriedigung der Gläubiger des Verſtorbenen, ſondern auch zur Befriedigung der Legatare und Fideicommiſſare ſein eigenes Vermögen anzugreifen genöthigt iſt.

Zum Beſchluß bemerke ich noch, daß dem Soldaten die in dem Beneficium inventarii enthaltenen Vortheile zu Statten

9) cit. L. ult. §. 4. C. h. t. 10) cit. L. ult. §. 14. C. h. t.

kommen, auch ohne ein vorſchriftsmäßiges Inventarium, ja ohne alles Inventarium [11]).

§. 939.

c. Von dem den Gläubigern des Erblaſſers zuſtehenden Rechte auf Separation.

† DIG. XLII, 6. De separationibus.

Die Regel iſt dieſe: Die Gläubiger des Verſtorbenen werden dadurch, daß dieſer einen Erben hinterläßt, zu Gläubigern des Erben; und an und für ſich iſt nun zwiſchen ihnen und den übrigen Gläubigern des Erben kein Unterſchied.

Indeſſen, wenn der Erbe inſolvent iſt, wenn es zum Concurſe kommt — ſo ſind die Gläubiger des Verſtorbenen in Einem Stücke begünſtigt vor den anderweitigen Gläubigern des Erben: ſie können, inwieweit ſie es ihrem Intereſſe gemäß finden, darauf antragen, daß die Erbſchaftsmaſſe von dem übrigen Vermögen des Erben getrennt, und vorzugsweiſe zu ihrer Befriedigung verwandt werde [1]). Man pflegt dies ſo auszudrücken: Die Gläubiger des Verſtorbenen haben das **Beneficium separationis**. Die Veranlaſſung, von dieſem Beneficium Gebrauch zu machen, kann darin liegen, daß die Gläubiger des Verſtorbenen beſorgen, weniger zu erhalten, wenn Alles in Eine Maſſe geworfen wird, und ſie in dieſer nun mit den übrigen Creditoren des Erben concurriren. Es iſt möglich, daß ſie aus der Erbſchaftsmaſſe für voll befriedigt werden können — während ſie, ohne Trennung, vielleicht eine bedeutende Einbuße leiden würden [2]).

Dieſes Recht, auf Separation zu dringen, ſteht jedem einzelnen Erbſchaftsgläubiger zu; und ſo kann es geſchehen, daß Einige es geltend machen, Andere nicht [3]).

Die Wirkung der Separation iſt folgende: Diejenigen, welche ſie erlangt haben, werden, ohne Rückſicht auf die übrigen Gläubiger, aus der Erbſchaftsmaſſe, ſoweit dieſes thunlich iſt, befriedigt. Die übrigen Gläubiger können nur den etwaigen Ueberſchuß in Anſpruch nehmen, der nach vollſtändiger Befrie-

11) cit. L. ult. §. ult. C. h. t.
1) L. 1. §. 1. D. h. t.
2) cit. L. 1. §. §. 1. 3. D. h. t.
3) L. 1. §. 16. D. h. t.

digung der **Separatiſten** aus der Erbſchaftsmaſſe übrig bleibt [4]). — Mit dieſem Vortheile, welchen das **Beneficium separationis** den Gläubigern des Verſtorbenen gewährt, iſt nun aber auf der andern Seite auch der Nachtheil verbunden: die Separatiſten haben, wenn die Erbſchaftsmaſſe zu ihrer Befriedigung nicht hinreicht, wegen des Reſtes auf das anderweitige Vermögen des Erben gar keinen Anſpruch, ſelbſt dann nicht, wenn die übrigen Gläubiger ihre Befriedigung erhalten haben, und nun noch ein reiner Ueberſchuß vorhanden iſt [5]). Von dieſer Regel wird nur unter beſonderen Umſtänden eine Ausnahme gemacht: ſo in dem Falle, wenn die Gläubiger des Verſtorbenen ſich auf eine **justissima ignorantia** berufen können [6]); dann ſollen ſie auf den Ueberſchuß, den das eigene Vermögen des Erben gewährt, Anſpruch machen dürfen [7]).

Unter gewiſſen Vorausſetzungen fällt das **Beneficium separationis** weg:

1. So, wenn die zur Erbſchaftsmaſſe gehörigen Gegenſtände mit dem eigenen Vermögen des Erben dergeſtalt vermiſcht ſind, daß ſie ſich davon nicht wohl ausſcheiden laſſen [8]). Indeſſen findet eine ſolche Vermiſchung nur in Beziehung auf einen Theil der Erbſchaftsmaſſe Statt, ſo wird das **Beneficium separationis** immer noch in Anſehung des übrigen Beſtandes der Erbſchaft geltend gemacht werden können [9]).

2. Wenn der Erbe die Erbſchaft **bona fide** veräußert hat [10]).

3. Wenn die Erbſchaftsgläubiger auf ihr **Beneficium** verzichtet haben, was auch ſtillſchweigend geſchehen kann. So, wenn die Erbſchaftsgläubiger ihrer Forderungen halber mit dem Erben eine Novation vornehmen, oder ſich von ihm durch Bürg-

4) L. 1. §. §. 3. 17. L. 3. §. 2. i. f. L. 5. D. h. t.

5) cit. L. 1. §. 17. cit. L. 5. D. h. t.

6) Vgl. cit. L. 1. §. 17. D. h. t. Auf dieſen Fall iſt zu beſchränken, was in L. 3. §. 2. D. eod. geſagt wird. Eine andere auf ganz ſpecielle Vorausſetzungen Bezug habende Ausnahme enthält L. 3. pr. et §. 1. D. h. t. Siehe unten im Text: Einzelne Bemerkungen, Nr. 1.

7) cit. L. 3. §. 2. D. h. t. Vgl. die vorige Note.

8) L. 1. §. 12. D. h. t.

9) cit. L. 1. §. 12. D. h. t.

10) L. 2. D. h. t.

ſchaft oder Pfand Sicherheit beſtellen laſſen [11]). Dagegen verlieren ſie bloß dadurch, daß ſie gegen den Erben geklagt haben, das Beneficium separationis nicht [12]).

4. Wenn ſeit der Antretung der Erbſchaft bereits fünf Jahre verlaufen ſind, ſo können die Erbſchaftsgläubiger nicht mehr auf Separation dringen [13]).

Einzelne Bemerkungen.

1. Beſondere Berückſichtigung verdient L. 3. pr. et §. 1. D. h. t.: Es wird der Fall geſetzt, daß der Hauptſchuldner Erbe wird des Bürgen, und daß hierauf die Güter des Hauptſchuldners wegen Inſufficienz verkauft werden ſollen. Es fragt ſich, wird der Gläubiger auf Separation dringen können, wird er verlangen können, daß er wegen der Anſprüche, die er, aus der Bürgſchaft, gegen den Verſtorbenen hatte, vorzugsweiſe aus deſſen Nachlaſſe befriedigt werde? Dieſe Frage ſcheint auf den erſten Blick verneint werden zu müſſen. Denn, indem der Hauptſchuldner ſelbſt Erbe des Bürgen wurde, iſt die Obligatio fidejussoria aufgehoben. Dennoch aber wird in dem Pr. unſerer Stelle die Frage bejaht, und zwar aus folgendem Grunde: Daß die Hauptſchuld mit der Verpflichtung aus der Bürgſchaft in Einer Perſon zuſammentrifft, darf nicht zum Schaden des Gläubigers ausſchlagen. — Nun aber fragt es ſich weiter: Wenn der Gläubiger aus der Erbſchaft des Bürgen nicht ſeine volle Befriedigung erhält, wird er ſich wegen des Reſtes an das Vermögen des Hauptſchuldners halten können? In Gemäßheit der vorhin entwickelten allgemeinen Grundſätze würde auch dieſe Frage zu verneinen ſein — aber ſie wird im §. 1. unſerer Stelle gleich der vorigen bejaht, und zwar in der Art: Der Gläubiger ſoll mit den übrigen Creditoren des Erben und Hauptſchuldners concurriren: er iſt nicht etwa beſchränkt auf dasjenige, was nach der Befriedigung dieſer andern Creditoren übrig bleibt. Auch in dieſer Beziehung ſoll der Gläubiger keinen Schaden da-

11) L. 1. §. §. 10. 11. 15. D. h. t.
12) L. ult. D. h. t.
13) L. 1. §. 13. D. h. t.

von haben, daß der Hauptſchuldner des Bürgen Erbe geworden iſt.

2. Auch die Legatare und Fideicommiſſare können, wenn der Erbe inſolvent iſt, Separation fordern, welches für ſie den Vortheil hat: Bleibt von dem Nachlaſſe, nachdem die Gläubiger des Verſtorbenen für voll befriedigt worden, noch etwas übrig, ſo erhalten ſie davon ihre Vermächtniſſe. So gehen ſie denn den anderweitigen Gläubigern des Erben vor [14]).

3. Die eigenen Gläubiger des Erben haben das Recht, Separation zu fordern, der Regel nach nicht [15]).

§. 940.

B. Von der Verpflichtung des Erben, den letzten Willen des Erblaſſers zu erfüllen.

Denken wir uns, der Verſtorbene hat in ſeinem letzten Willen dem Erben die Verpflichtung auferlegt, Jemanden etwas zu leiſten, wozu der Erbe in der Eigenſchaft eines bloßen Succeſſors nicht verpflichtet ſein würde, weil nämlich der Verſtorbene ſelbſt dazu nicht verpflichtet war. Dieſe obligatoriſche Verpflichtung wird in der Perſon des Erben in dem Augenblicke begründet, in welchem er zu dem Erwerbe der Erbſchaft gelangt. Und zwar betrachtet man das Verhältniß des Erben zu demjenigen, welchem er, nach dem Willen des Verſtorbenen zu dieſer oder jener Leiſtung verbunden ſein ſoll, nach der Analogie einer auf einem Vertrage beruhenden Obligatio: der Erbe iſt zu der ihm aufgegebenen Leiſtung quasi ex contractu verpflichtet [1]). Vgl. §. 636.

14). L. 6. pr. D. h. t.

15) L. 1. §. 2 D. h. t. »Ex contrario autem creditores Titii (sc. heredis) non impetrabunt separationem; nam licet alicui, adjiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem conditionem. At qui igitur adiit hereditatem debitoris mei, non faciet meam deteriorem conditionem adeundo, quia licet mihi separationem impetrare; suos vero creditores oneravit, dum adiit hereditatem, quae solvendo non est; nec poterunt creditores ejus separationem impetrare.« §. 5. ejusd. L. 1. ». . . . . . . sibi enim imputent, qui cum tali contraxerunt.« Die möglichen Ausnahmen von dieſer Regel ſiehe cit. §. 5. §. 6. ejusd. L. 1.

1) L. 5. §. 2. D. d O et A. XLIV, 7. L. 3. §. ult. L. 4. D. quib. ex caus. in poss. eatur. XLII, 4. §. 5. I. d. obl. quasi ex contr. III, 27. (28.)

Auf dieſe Weiſe kann der Erbe das Subject ſein einer **zweifachen** Reihe obligatoriſcher Verpflichtungen. Er iſt

1. den Creditoren des Erblaſſers verpflichtet, als **Repräſentant** dieſes letzteren. Davon war ſchon im §. 936. die Rede.

2. Iſt er auch den etwaigen Legataren und Fideicommiſſaren verpflichtet — eine Verpflichtung, die erſt **in ihm ihren Urſprung** nimmt.

Auch des Verhältniſſes zwiſchen den Legataren und dem Erben iſt früher ſchon gedacht im §. 937.; aber in einer andern Beziehung: dort war die Rede davon, daß die univerſelle Succeſſion des Erben durch Legate unmittelbar beſchränkt werden kann, daß durch Legate gewiſſe Rechte von der univerſellen Succeſſion des Erben ausgeſchloſſen werden können. Hier dagegen iſt die Rede davon, daß dem Erben durch Vermächtniſſe Verpflichtungen auferlegt werden können.

Uebrigens zeigt ſich nun zwiſchen den Verpflichtungen des Erben gegen die Creditoren des Verſtorbenen, und denen, welche ihm gegen Legatare und Fideicommiſſare obliegen können, auch noch der Unterſchied: den Gläubigern des Verſtorbenen iſt der Erbe immer verpflichtet, der Verſtorbene mag letztwillige Verfügungen getroffen haben, oder nicht; aber ſoll von einer Verpflichtung des Erben gegen Legatare und Fideicommiſſare die Rede ſein, ſo wird nothwendig eine letzte Willenserklärung vorausgeſetzt. Es braucht gerade kein Teſtament vorhanden zu ſein; aber es bedarf doch, wie geſagt, immer einer letztwilligen Erklärung.

C. Von der Transmiſſion der Erbſchaft. (§. §. 941 — 945.)

§. 941.

A. Allgemeine Grundſätze.

Die Rechte und Verbindlichkeiten, welche eine Folge ſind von dem Erwerbe der Erbſchaft, gehen bei dem Tode des Erben auf diejenigen über, welche ihn beerben. Dies pflegt man ſo

auszudrücken: Hat Jemand eine Erbſchaft einmal erworben, ſo *transmittirt* er dieſelbe auf ſeine Erben. Wenn daher der Erbe ein Solcher iſt, welcher ipso jure Erbe wird, ſo bedarf es für die Transmiſſion der Erbſchaft weiter nichts, als daß die Erbſchaft ihm deferirt ſei; denn in demſelben Augenblicke wird ſie ihm ja auch erworben. Setzen wir z. B., Jemand hat einen Suus in ſeinem Teſtamente pure zum Erben ernannt. Hier bedarf es für die Transmiſſion der Erbſchaft weiter nichts, als daß der Suus den Tod des Erblaſſers, wenn ſchon nur um einen Augenblick, überlebt. Unter den Neueren nennen Einige die Transmiſſion einer von einem Suus ipso jure erworbenen Erbſchaft Transmissio ex jure *suitatis*: Aber die Transmiſſion hat hier durchaus nichts Eigenthümliches; das Eigenthümliche liegt nur in der Art und Weiſe des die Transmiſſion begründenden Erwerbes.

So nun verhält es ſich mit einer erworbenen Erbſchaft. Iſt Jemanden aber eine Erbſchaft nur deferirt, ſo iſt die Regel dieſe: Seine Erben können keine Anſprüche darauf machen. Dieſe Regel pflegt man ſo auszudrücken: Eine bloß deferirte Erbſchaft wird nicht transmittirt[1]). Nicht nur, daß die Erbſchaft ſelbſt nicht transmittirt wird; nicht einmal das Recht wird transmittirt, durch Antretung zu erwerben, alſo nicht einmal das Jus succedendi. Von dieſer Regel gibt es jedoch Ausnahmen, theils ſolche, wo die *Erbſchaft ſelbſt transmittirt* wird, indem ſie vermittelſt einer Fiction als ſchon erworben betrachtet wird, theils ſolche, bei denen nur das *Recht der Antretung* auf die Erben übergeht.

Ich will dieſe Ausnahmen in den folgenden Paragraphen angeben. Schon hier aber iſt die Frage zu beantworten: In welchem Verhältniſſe ſtehen die eben angedeuteten Ausnahmen zu der *Vulgar-Subſtitution* — oder, um die Frage beſtimmter zu faſſen: Wenn der in einem Teſtamente Inſtituirte, welcher an und für ſich die Erbſchaft, ungeachtet er ſie nicht erwor-

1) L. un. §. 5. C. d. caduc. toll. VI, 51. »Hereditatem ... nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur.«

ben hat, transmittiren würde, einen Subſtituten hat — wird auch in dieſem Falle die Transmiſſion von Statten gehen?

Viele bejahen dieſe Frage unbedingt; ſie geben demjenigen, welcher die Erbſchaft Jure transmissionis in Anſpruch nehmen kann, vor dem Subſtituten ſchlechthin den Vorzug [2]). Meiner Meinung nach iſt das unrichtig. Es kommt Alles darauf an, in welchem Sinne, in Ermangelung der Subſtitution, Transmiſſion Statt finden würde. Wird die Erbſchaft ſelbſt transmittirt, indem man ſie vermittelſt einer Fiction anſieht als erworben ſchon von dem Verſtorbenen — ſo muß man ſagen, die Bedingung der Subſtitution iſt ausgefallen; der Inſtituirte, obſchon er in der That nicht Erbe geworden iſt, wird dennoch ſo angeſehen, als ob er es geworden wäre; und daher kann die Erbſchaft dem Subſtituten nicht deferirt werden. — Iſt dagegen von einer Transmiſſion die Rede, durch welche nicht die Erbſchaft ſelbſt, ſondern nur das Jus succedendi, alſo nur das Recht der Antretung transmittirt wird, ſo geht dadurch, daß der inſtituirte Erbe die Erbſchaft nicht antritt, die Bedingung der Subſtitution in Erfüllung, und ſonach muß, des Transmiſſions-Rechtes ungeachtet, die Erbſchaft dem Subſtituten zufallen. Denn worin beſteht die Bedingung der Subſtitution? Sie lautet ſo: »Si heres non erit«; das aber heißt: Wenn er die Erbſchaft nicht erwirbt, und ſo alſo weder ſelbſt Erbe wird, noch auch einen Anderen, in deſſen Gewalt er ſich etwa befindet, zum Erben macht. Nun hat in unſerem Falle der inſtituirte Erbe die Erbſchaft nicht erworben, weder wirklich, noch auch nur fingirter Weiſe — alſo iſt die Bedingung der Subſtitution vorhanden [3]).

2) So Thibaut, Pand. §. 834. Schweppe, Röm. Privatr. §. 877. Wening-Ingenheim, Gemeines Civilr. Buch V. §. 272. Mühlenbruch, Pand. §. 709.

3) Wegen der hier vorgetragenen Theorie verweiſe ich auf Finestres, Praelect. ad Tit. D. d. vulgari et pupillari subst. Pars II. Cap. II. §. 30. Was insbeſondere die Transmissio Justinianea (§. 943.) betrifft, ſo gehört zu denjenigen, welche hier dem Subſtituten den Vorzug geben, u. A. auch Huber, Praelect. jur. Rom. ad Pandectas, XXVIII, 6. §. 5.

B. Ausnahmen. (§. §. 942—945.)

§. 942.

a. Von der ſ. g. Transmissio Theodosiana.

COD. VI, 52. De his, qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt.

Eine dieſer Ausnahmen gründet ſich auf die L. un. C. de his, qui ante apertas tabb. heredit. transmitt. VI, 52. Es iſt dies eine Conſtitution von Theodoſius dem Jüngeren v. J. 450. Daher nennen unſere neueren Juriſten die Transmiſſion der Erbſchaft unter den in der Conſtitution bezeichneten Vorausſetzungen Transmissio Theodosiana.

Nach der Lex Julia et Papia Poppaea war es dem im Teſtamente zum Erben Ernannten, wenn er nicht ex asse inſtituirt war, vor erfolgter Eröffnung des Teſtaments nicht verſtattet, die Erbſchaft anzutreten, wenn ſchon der Umſtand ihm ganz wohl bekannt ſein mochte, daß und wie er zum Erben eingeſetzt wäre. Dieſe Beſtimmung der Lex Julia et Papia Poppaea veranlaßte Theodoſius den Jüngeren, in der vorerwähnten Conſtitution Folgendes zu verordnen: Deſcendenten, welche von einem Aſcendenten in deſſen Teſtamente zu Erben eingeſetzt ſind, ſollen, auch wenn ſie noch vor eröffnetem Teſtamente ſterben, ſie mögen es wiſſen, daß ſie zu Erben eingeſetzt ſind oder nicht, die ihnen deferirten Erbantheile auf ihre eigenen Deſcendenten transmittiren, ohne daß es auf das Geſchlecht oder den Grad dieſer Kinder ankommen ſoll.

Es verſteht ſich von ſelbſt, daß wir uns unter den im Teſtamente inſtituirten Deſcendenten ſolche zu denken haben, welche keine Sui ſind des Teſtators; denn dieſe erwerben ja die Erbſchaft ipso jure; für ſie bedarf es keiner Antretung — und eben deshalb iſt es bei ihnen ganz in der Regel, daß ſie die Erbſchaft transmittiren; es braucht nicht erſt zu ihren Gunſten eine Ausnahme gemacht zu werden. Und eben ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß die im Teſtamente Inſtituirten die Erbſchaft auf ihre eigenen Deſcendenten nur dann transmittiren, wenn dieſe ſie beerben.

Nun aber bleiben noch **zwei** Fragen zu beantworten:

Zuerſt fragt es ſich — in welchem Sinne wird hier die Erbſchaft transmittirt? Viele ſind der Meinung, es ſei nur das **Jus succedendi**, welches transmittirt werde; es bedürfe alſo immer erſt noch einer Antretung von Seiten der Deſcendenten der Inſtituirten: Andere dagegen nehmen an, es werde die dem Verſtorbenen deferirte **Erbſchaft** zum Beſten ſeiner Deſcendenten, **als** von ihm **bereits erworben** behandelt; es bedürfe alſo von Seiten ſeiner Deſcendenten nicht erſt der Antretung. Wohl aber ſtehe den Deſcendenten frei, zu erklären, daß ſie die Erbſchaft nicht wollen — und dann fallen alle jene nur zu ihrem Vortheil eingeführten Fictionen, vermöge deren die Erbſchaft als eine ſchon erworbene behandelt wird, hinweg. Hiernach wird alſo nicht bloß das **Jus succedendi**, ſondern die **Erbſchaft ſelbſt** transmittirt. Dieſe Anſicht halte ich für die richtige.

Ich komme nun zu einer **zweiten** ſehr wichtigen Frage. Die Abſicht **Theodoſius** des **Jüngeren** war offenbar die, den Deſcendenten des Verſtorbenen da zu Hülfe zu kommen, wo ihnen die Antretung der Erbſchaft nach der **Lex Julia et Papia Poppaea** unmöglich fiel. Daher iſt nur von einer **teſtamentariſchen** Erbſchaft die Rede; daher wird von Deſcendenten in der Mehrzahl geſprochen, und von Erbportionen; daher endlich geſchieht des Todes vor eröffnetem Teſtamente Erwähnung — denn nur bei einer teſtamentariſchen Erbſchaft gerade, und nur wenn einer nicht ex asse inſtituirt war, nur da ſollte der Erbe nach der **Lex Julia et Papia Poppaea** nicht **ante apertas tabulas** antreten dürfen. Nun aber hat **Juſtinian** die hieher gehörigen Beſtimmungen der **Lex Julia et Papia Popaea** aufgehoben: Auch der im Teſtamente, wenngleich nur ex parte, eingeſetzte Erbe kann antreten, wann er will, ſobald er nur von dem Anfall der Erbſchaft unterrichtet iſt; er braucht die Eröffnung des Teſtaments nicht abzuwarten [1]. Und daher drängt ſich denn die Frage auf, ob und inwieweit

1) Nach **L. un. §. 1. C. d. caducis toll. VI, 51. (Justinianus.) A. 534.**

die Theodoſianiſche Verordnung noch für gültig und anwendbar zu halten ſei? Indeſſen, daß ſie auch für das Juſtinianiſche Recht noch von Bedeutung ſei, dies ergibt ſich nicht nur daraus, daß ſie überhaupt in den Codex repetitae praelectionis aufgenommen iſt, ſondern Juſtinian hat ſie überdies in dem §. 5. der L. un. C. de caduc. toll. VI. 51. noch beſonders und ausdrücklich beſtätiget — in eben der Conſtitution alſo, in welcher er jene Beſtimmung der Lex Julia et Papia Poppaea über die Antretung der Erbſchaft aufhob.

Schwieriger aber iſt es, zu beſtimmen, in welchen Terminis die Theodoſianiſche Verordnung für das Juſtinianiſche Recht gelte? Wir müſſen ihr, inwieweit ſie einen Beſtandtheil des Juſtinianiſchen Rechts ausmacht, nothwendig einen andern Grund unterlegen, als auf dem ſie urſprünglich beruhete: denn dieſer urſprüngliche Grund verträgt ſich nicht mit den Beſtimmungen des Juſtinianiſchen Rechts. Dem Juſtinianiſchen Rechte aber läßt ſich der Grund anpaſſen, daß es da, wo ein Teſtament vorhanden iſt, immer als Ausnahme von der Regel angeſehen werden muß, wenn die im Teſtamente Inſtituirten, noch vor Eröffnung des Teſtaments, davon, daß und wie ſie zu Erben eingeſetzt ſind, genaue Kenntniß haben, und dadurch zur Antretung der Erbſchaft in Stand geſetzt werden. In der Regel werden ſie dazu nicht im Stande ſein — wogegen nach bereits erfolgter Eröffnung des Teſtaments, und eben ſo bei der Inteſtaterbfolge die Antretung der Erbſchaft mit keiner Schwierigkeit verbunden iſt.

Dieſem gemäß iſt denn die Theodoſianiſche Transmiſſion auch im Juſtinianiſchen Rechte durch die Vorausſetzung bedingt, daß die Erbſchaft ex testamento deferirt werde, und daß derjenige, dem ſie deferirt iſt, vor Eröffnung des Teſtaments mit Tode abgehe. Dagegen iſt gar kein Grund mehr vorhanden, zu unterſcheiden zwiſchen dem Falle, da ein Deſcendent ex asse inſtituirt iſt, und dem, da er nur in einem Theile der Erbſchaft eingeſetzt iſt. Wir würden dieſen Unterſchied nur dann zu beachten haben, wenn es etwa in der Theodoſianiſchen Conſtitution ausdrücklich hieße: die Transmiſſion ſoll nur allein dann Statt

finden, wenn ein Deſcendent nicht ex asse, ſondern ex parte inſtituirt iſt. Wir müßten dann ſagen: Obſchon es für dieſe Beſchränkung jetzt keinen Grund mehr gibt, ſo ſteht dieſe doch einmal ausdrücklich da. Das aber iſt nicht der Fall — und daher werden wir denn die Transmissio Theodosiana im Juſtinianiſchen Rechte auch da ſtatuiren können und müſſen, wo Jemand einen Deſcendenten zum alleinigen Erben ernannt hat.

Dieſes Reſultat wird denn nun auch von den meiſten unſerer heutigen Juriſten anerkannt; jedoch muß ich bemerken, daß es auch abweichende Anſichten gibt. Namentlich glauben Manche, die Transmissio Theodosiana finde Anwendung auch auf eine ab intestato deferirte Erbſchaft. Andere, welche bei dem Fall einer teſtamentariſchen Erbſchaft ſtehen bleiben, halten dafür, daß nichts darauf ankomme, ob die zu Erben eingeſetzten Deſcendenten vor, oder nach Eröffnung des Teſtaments ſterben. Ja, Einige gehen noch weiter: Es ſoll Transmiſſion ſelbſt dann Statt finden, wenn der zum Erben eingeſetzte Deſcendent noch vor dem Teſtator geſtorben iſt, und ſonach nicht einmal den Anfall der Erbſchaft erlebt hat — eine Anſicht, die ſicher falſch iſt.

§. 943.

b. Von der ſ. g. Transmissio Justinianea.

Eine zweite Ausnahme von der Regel gründet ſich in einer Juſtinianiſchen Conſtitution, nämlich in der L. 19. C. de jure deliber. VI, 30. v. J. 529. n. Chr. Und daher nennen unſere Neueren die Transmiſſion in dem Falle dieſer Ausnahme Transmissio Justinianea. Es hat damit aber folgende Bewandtniß: Wenn Jemand, dem mit ſeinem Wiſſen eine Erbſchaft deferirt iſt, mit Tode abgeht, ohne die Erbſchaft weder angetreten, noch auch ausgeſchlagen zu haben, ſo ſteht es dann noch ſeinen Erben frei, ihrer Seits die Erbſchaft anzutreten oder auszuſchlagen. Hier alſo iſt es entſchieden nur das Jus succedendi, welches transmittirt wird, nicht die Erbſchaft ſelbſt. — Aber das Recht der Erben iſt folgender Maßen beſchränkt:

1. Wurde der Verſtorbene nicht gedrängt, und hat er deshalb auch keine Deliberationsfriſt nachgeſucht — ſo haben ſeine Erben die gedachte Befugniß innerhalb **Eines** Jahres, welches zu laufen anfängt mit dem Augenblicke, da der Verſtorbene Wiſſenſchaft erhielt von der ihm deferirten Erbſchaft.

2. Wurde der Verſtorbene gedrängt, ſich zu erklären, und hat er deshalb um Deliberationsfriſt nachgeſucht, und dieſe wirklich auch erhalten — ſo haben ſeine Erben die gedachte Befugniß innerhalb der **noch übrigen** Deliberationsfriſt, ſo jedoch, daß ihnen von dieſer in keinem Falle mehr zu Gute kommt, als ſoviel innerhalb der Grenzen jenes zuerſt bezeichneten Jahres liegt. Die Erben haben daher im Fall erbetener Deliberationsfriſt nie mehr Zeit, als ſie außerdem gehabt haben würden; wohl aber können ſie möglicher Weiſe weniger Zeit haben, dann nämlich, wenn etwa dem Verſtorbenen nur eine kurze Deliberationsfriſt gewährt worden iſt.

Der Unterſchied dieſer Transmissio **Justinianea** von der Transmissio **Theodosiana** zeigt ſich in Folgendem:

1. Die Theodoſianiſche Transmiſſion findet, wenigſtens der richtigen Anſicht nach, nur bei einer ex testamento deferirten Erbſchaft Statt — die Juſtinianiſche auch bei einer ab intestato deferirten.

2. Die Theodoſianiſche ſetzt voraus, daß dem Transmittenten die Erbſchaft eines Aſcendenten gerade deferirt ſei — bei der Juſtinianiſchen iſt es gleichgültig, von wem die Erbſchaft herrührt.

3. Die Theodoſianiſche kommt nur den Deſcendenten desjenigen zu Statten, welchem die Erbſchaft deferirt iſt — die Juſtinianiſche aber jedem Erben.

4. Bei der Theodoſianiſchen iſt es gleichgültig, ob der Transmittent um die ihm deferirte Erbſchaft weiß, oder nicht — bei der Juſtinianiſchen iſt das Wiſſen ein weſentliches Erforderniß.

5. Die bei der Juſtinianiſchen Transmiſſion vorkommenden Zeitbeſtimmungen ſind der Theodoſianiſchen fremd.

6. Bei der Theodoſianiſchen Transmiſſion wird, der richtigen Anſicht nach, die Erbſchaft ſelbſt — bei der Juſtinianiſchen nur das Jus succedendi transmittirt.

§. 944.

c. Von der ſ. g. Transmissio ex capite restitutionis in integrum.

Denken wir uns, die Antretung der Erbſchaft iſt aus beſonderen Gründen an eine beſtimmte Friſt gebunden, durch deren Ablauf die Erbſchaft noch bei dem Leben des zum Erben Deſignirten für dieſen verloren geht; der Grund des Verluſtes aber liegt in einem factiſchen Umſtande, der eine justa causa restitutionis darbietet. Hier werden, wenn nicht ſchon der zum Erben deſignirt Geweſene ſelbſt um Reſtitution nachgeſucht hat, und die Friſt, binnen welcher die Reſtitution erbeten werden muß, noch offen iſt, ſeine Erben um Reſtitution nachſuchen können, nämlich ex persona defuncti. Hieher gehört L. 1. C. d. restitut. milit., et eorum, qui rei publicae causa absunt. II, 51.

> (Impp. Severus et Antoninus.) »Si Valerianus centurio . . . . ante vita decessit, quam bonorum possessionem acciperet, heres ejus ex persona defuncti restitutionis auxilium intra annum utilem ita recte implorabit, si Valerianus post exactos dies, quibus bonorum possessio defertur, in militia defunctus est.«

Was dieſe Stelle von der Agnition der Bonorum possessio ſagt, findet auf die Aditio hereditatis analoge Anwendung. Weil nun aber in dem beſonderen Falle, von welchem dieſe Stelle ſpricht, der Grund der Reſtitution in einer Absentia reipublicae causa lag, ſo meinen Einige, die Erben könnten überhaupt nur aus dieſem Grunde reſtituirt werden. Andere fordern zwar nicht gerade Abweſenheit in öffentlichen Angelegenheiten, aber doch wenigſtens Abweſenheit. Das iſt unrichtig. Jede Causa restitutionis, die dem Verſtorbenen zu Statten kommen konnte,

kann in der Regel auch von ſeinen Erben geltend gemacht werden [1]).

Die Wirkung der Reſtitution beſteht übrigens darin, daß nun die Erben noch die Erbſchaft antreten können; ſo daß alſo nicht die Erbſchaft ſelbſt, ſondern bloß das **Jus succedendi** Gegenſtand der Transmiſſion iſt.

Noch habe ich zweierlei zu bemerken:

1. Angenommen, der zum Erben Deſignirte iſt geſtorben, ohne angetreten zu haben; aber er iſt geſtorben zu einer Zeit, wo die Friſt der Antretung noch nicht abgelaufen iſt. Es iſt klar, daß hier er ſelbſt um Reſtitution nicht nachſuchen konnte. Und daher können es, der Regel nach, auch ſeine Erben nicht. Werden ſie in einem Falle dieſer Art reſtituirt, ſo iſt dies Ausnahme von der Regel [2]).

2. Manche Neuere halten die Reſtitution auch da für zuläſſig, wo der Verſtorbene nicht aus factiſchen, ſondern aus juriſtiſchen Gründen um die Erbſchaft gekommen iſt. Dies iſt unrichtig [3]).

§. 945.

d. Von der ſ. g. Transmissio ex capite infantiae.

Ich komme jetzt zu einem Falle, dem man, wenn ſchon mit Unrecht, ebenfalls in der Lehre von der Transmiſſion der Erbſchaft ſeine Stelle anzuweiſen pflegt, ich meine die ſogenannte **Transmissio ex capite infantiae**, gegründet auf **L. 18. §. 1. C. de jure deliberandi VI, 30.**, einer Conſtitution von Theodoſius II. und Valentinian III. v. J. 426. n. Chr. Die Sache iſt dieſe: Wenn einem unter väterlicher Gewalt ſtehenden **Infans** eine Erbſchaft deferirt wird, ſo kann der Parens im Namen des Kindes die Erbſchaft antreten. S. §. 934. Hat nun aber der Parens dieſes zu thun unterlaſſen, und das Kind ſtirbt noch innerhalb der Jahre der **Infantia**, ſo ſoll die dem

1) Vgl. L. 6. D. d. in integr. rest. IV, 1. L. 24. §. 2. D. d. minorib. IV, 4.

2) Eine ſolche Ausnahme findet ſich in L. 86. pr. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2.

3) Siehe hierüber Marezoll, in der Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß. Bd. II. S. 62. folg.

Kinde deferirte Erbſchaft, gleich als ob ſie demſelben bereits wäre erworben geweſen, dem Parens jure patrio zufallen. Die Worte der Conſtitution ſind folgende:

»Sed si hoc parens neglexerit (nämlich die Erbſchaft im Namen des Kindes angetreten) et in memorata aetate (nämlich innerhalb der Infantia) infans decesserit, tunc patrem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta jure patrio, quasi jam infanti quaesita, capere.«

Die Meinung iſt alſo ganz offenbar dieſe: Die dem Kinde deferirte Erbſchaft ſoll angeſehen werden, als wäre ſie dem Kinde, und durch dieſes wiederum dem Parens erworben. Es bedarf nicht erſt einer Antretung von Seiten des Parens, wie Viele irriger Weiſe meinen. Daher unterſcheidet ſich dieſer Fall von den früher angeführten ſehr weſentlich darin, daß die Erbſchaft dem Parens nicht als Erben des Kindes, ſondern vermöge der ihm zuſtehenden väterlichen Gewalt, Jure patrio, zu Theil wird. Es iſt daher keine Transmiſſion im eigentlichen und gewöhnlichen Sinne des Worts.

Uebrigens liegt in der angeführten Beſtimmung etwas ganz Anomales, was ſich mit den allgemeinen Grundſätzen des Juſtinianiſchen Rechts über das Verhältniß des Parens zu den ſeiner Gewalt unterworfenen Kindern nicht vereinigen läßt. Daß ſie aber überhaupt nach dem neueſten Juſtinianiſchen Rechte nicht mehr als geltend zu betrachten ſei [1]), möchte ich nicht behaupten. Auch iſt für ihre fortdauernde Gültigkeit die gemeine Meinung ganz entſchieden.

1) Wie Hugo, Lehrbuch des heut. R. R. 7te Aufl. S. 163. behauptet.

D. Von den Rechtsmitteln in Anſehung der Erbſchaft. (§. §. 946 — 955.)

§. 946.

A. Im Allgemeinen.

Es gibt eine Klage, vermittelſt deren der Erbe das ihm zuſtehende Succeſſionsrecht ſelbſt gegen einen Jeden geltend machen kann. Das iſt die Hereditatis petitio. Bei dieſer Klage alſo handelt es ſich um die Frage: Ob der Kläger das von ihm behauptete Succeſſionsrecht wirklich habe, oder nicht? Nur, wenn er es wirklich hat, kann er darauf rechnen, den Sieg davon zu tragen. Davon §. §. 947 — 951.

Dagegen gibt es nun aber auch gewiſſe proviſoriſche Rechtsmittel, welche nur den Zweck haben, Jemanden den einſtweiligen Beſitz der Erbſchaft zu verſchaffen. Davon §. §. 952 — 955.

In mehren hieher gehörigen Fällen wird die Befugniß, den einſtweiligen Beſitz der Erbſchaft in Anſpruch zu nehmen, ſo bezeichnet: Es ſei verſtattet, um eine Bonorum possessio nachzuſuchen. Dabei iſt denn aber ja nicht an ein prätoriſches Succeſſionsrecht zu denken, ſondern lediglich an das Factum der Innehabung.

In die Reihe dieſer proviſoriſchen Rechtsmittel pflegt man auch das Interdictum quorum bonorum zu ſetzen. Davon wird aber erſt im §. 988. gehandelt werden: woſelbſt denn auch die Gründe angegeben werden ſollen.

Noch muß ich bemerken: Bei der Hereditatis petitio treten gewiſſe Modificationen ein unter der Vorausſetzung, daß Einer nicht ex asse, ſondern nur ex parte Erbe iſt. Davon wird im Abſchnitt III. dieſes Kapitels — §.961. — die Rede ſein.

Zu den auf die Erbſchaft ſich beziehenden Klagen gehört auch die Familiae herciscundae actio. Dieſe aber ſetzt immer eine Mehrzahl von Erben voraus. Und daher gehört auch ſie nicht hieher, ſondern ebenfalls in den Abſchnitt III. dieſes Kapitels. §. §. 963 — 966.

B. Insbeſondere. (§. §. 947 — 955.)

a. Von der Hereditatis petitio. (§. §. 947 — 951.)

† DIG. V, 3. De hereditatis petitione. V, 5. De possessoria hereditatis petitione. V, 6. De fideicommissaria hereditatis petitione. — † COD. III, 31. De petitione hereditatis.

§. 947.

α. Ueber die Perſon des Klägers.

In der Perſon des Klägers wird theils etwas Poſitives, theils etwas Negatives erfordert. Das Negative beſteht darin, er darf nicht im Beſitze ſein desjenigen, was den Gegenſtand ſeiner Klage ausmacht. Mit dem Poſitiven aber verhält es ſich ſo:

Die Klage ſteht zu dem Erben, desgleichen dem Erben des Erben [1]). Die eigentliche Hereditatis petitio hat aber nur derjenige, welcher **jure civili** Erbe iſt — alſo der **Heres**; ob er Heres ex testamento iſt, oder Heres ab intestato, ob er die Erbſchaft unmittelbar erworben hat, oder mittelbar durch einen Solchen, der ſeiner Gewalt unterworfen iſt, das iſt Alles gleichgültig [2]).

Innerhalb dieſer urſprünglichen Vorausſetzungen für die Anſtellung der Klage iſt man jedoch nicht ſtehen geblieben. Man hat die Klage accommodirt

1. auch dem prätoriſchen Erben [3]).
2. Demjenigen, welchem die Erbſchaft auf den Grund eines univerſellen Fideicommiſſes reſtituirt iſt [4]).
3. Nach **L. 54. D. h. t.** [5]) hat auch derjenige die Hereditatis petitio, welcher dem Fiſcus eine Erbſchaft abgekauft hat,

1) Vergl. L. 194. D. d. R. J. L. 65. D. d. V. S. »Heredis appellatio non solum ad proximum heredem, sed et ad ulteriores refertur; nam et heredis heres et deinceps heredis appellatione continetur.« L. 70. pr. D. eod.

2) L. 3. D. h. t.

3) Inscr. Tit. D. V, 5. Siehe oben.

4) Inscr. Tit. D. V, 6. Siehe oben.

5) (Julianus.) »Ei, qui partes hereditarias, vel totam a fisco mercatus fuerit, non est iniquum dari actionem, per quam universa bona persequatur, quemadmodum ei, cui ex Trebelliano senatusconsulto hereditas restituta est, hereditatis petitio datur.

Gewöhnlich wendet man dies an auch auf ſolche Perſonen, welche die Erbſchaft von einem andern Erben, als dem Fiscus, gekauft haben — ob mit Recht, das iſt freilich noch ſehr die Frage. Außer jener Stelle findet ſich nämlich noch eine andere in den Pandekten, in welcher vorkommt, daß der Käufer der Erbſchaft die **Hereditatis petitio** anſtellt — und da iſt der Verkäufer nicht der Fiscus, ſondern ein **Privatus**. Dieſe Stelle iſt **L. 4. §. 28. D. d. doli mali et metus exc. XLIV, 4.** [6]). Indeſſen dieſe Stelle kann dennoch nicht zum Beweiſe gebraucht werden, daß überhaupt der Käufer der Erbſchaft die **Hereditatis petitio** habe. Die Stelle nämlich betrifft zunächſt nur die Frage: Wenn der Verkäufer der Erbſchaft ſich gegen mich eines **Dolus** ſchuldig gemacht hat, und nun der Käufer der Erbſchaft gegen mich die **Hereditatis petitio** anſtellt, kann ich auch dieſem die **Doli exceptio** entgegenſetzen? Alſo der diſpoſitive Inhalt der Stelle bezieht ſich nicht auf die **Hereditatis petitio**, ſondern auf die **Doli exceptio**. Wir ſehen daraus nur, daß, wenn der Käufer der Erbſchaft die **Hereditatis petitio** anſtellt, ihm die **Doli exceptio**, welche dem Verkäufer hätte entgegengeſetzt werden können, nicht entgegenſteht. In dem ſpeciellen Falle, welchen die Stelle bezeichnet, hatte übrigens der Käufer die **Hereditatis petitio** in der That — dieſer Fall aber iſt von der Art, daß er im Juſtinianiſchen Rechte nicht mehr vorkommen kann. Der Fall nämlich, welcher geſetzt wird, iſt dieſer: Jemand, dem eine Erbſchaft **ab intestato** deferirt worden iſt, hat dieſe vor der Antretung an einen Andern verkauft und dieſelbe **in jure** cedirt. Hierauf hat der Käufer ſelbſt angetreten, iſt ſelbſt dadurch Erbe geworden — und kann daher aus dieſem Grunde unbedenklich die **Hereditatis petitio** anſtellen [7]). Uebrigens vgl. §. 957. I, 6. und §. 958. II.

6) (Ulpianus.) »Si quum legitima hereditas Caji Seji ad te pertineret, et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem, et posteaquam ego repudiaverim hereditatem tu eam Sempronio cesseris pretio accepto, isque a me petat hereditatem, exceptionem doli mali ejus, qui ei cessit, non potest pati.«

7) Daß dieſer Fall der angeführten Stelle zu Grunde liegt, ergibt die Vergleichung mit Gaj. II. §. 35.

§. 948.

β. Ueber die Perſon des Beklagten.

In der Perſon des Beklagten wird

A. zuerſt und vor Allem *Beſitz* erfordert — ſodann aber kommt es

B. auch auf den *Grund* des Beſitzes an.

A. Ob der Beſitz ſich auf den geſammten Nachlaß erſtrecke, oder nur auf einen aliquoten Theil deſſelben, oder gar nur auf einzelne Gegenſtände, welche zur Erbſchaft gehören — das iſt inſofern gleichgültig, als die Hereditatis petitio in einem wie in dem anderen Falle angeſtellt werden kann. Der Unterſchied zeigt ſich immer nur in dem Objecte der Reſtitution, nicht aber in der Natur der anzuſtellenden Klage [1]. Uebrigens kann der Beſitz ein *wirklicher* ſein, aber auch ein bloß *fingirter*.

Was hier nun zuerſt den *wirklichen* Beſitz betrifft, ſo muß ich dabei vor Allem bemerken, daß hier bei dem Ausdrucke „wirklicher Beſitz" nicht an die *techniſche* Bedeutung des Wortes Beſitz zu denken iſt — ſondern es liegt vielmehr der *vulgäre* Begriff von Beſitz zum Grunde, ſo daß man darunter jede Art von *Innehabung* verſteht.

Sodann iſt ferner zu merken: Es iſt auch gar nicht erforderlich, daß der Gegenſtand der Innehabung etwas unmittelbar zum Nachlaß Gehöriges ſei. So iſt wirklicher Beſitzer auch derjenige, der von dem Nachlaſſe ſelbſt nicht das Mindeſte in Händen hat, durch die früher von ihm angeſtellte Hereditatis petitio aber zu dem Werthe des Nachlaſſes gelangt iſt [2]. Daſſelbe gilt von demjenigen, der irgend eine einzelne zur Erbſchaftsmaſſe gehörige Sache verkauft und den Preis dafür gelöſ't, oder eine in der Erbſchaftsmaſſe enthaltene Forderung beigetrieben hat [3]. Ferner: Denken wir uns, daß Jemand durch früheren Beſitz

1) L. 9. D. h. t. »Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel jus pro herede, vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam, — L. 10. D. eod. — licet minimam.« L. 13. §. 7. D. h. t. »Idem et in eo, qui solos fructus ex hereditate retinet, dicendum erit; tenetur enim et is hereditatis petitione.«

2) L. 16. §. 2. D. h. t.

3) cit. L. 16. §. 1. D. h. t.

der Erbſchaft ſelbſt zu irgend einem Klagerechte gelangt iſt, ſo wird er nun, als Inhaber dieſes Klagerechtes in Anſpruch genommen werden können; es wird von ihm verlangt werden können, daß er es dem Kläger überlaſſe [4].

Ganz beſonders muß ich nun aber noch darauf aufmerkſam machen, daß in die Reihe der wirklichen Beſitzer auch der Schuldner des Verſtorbenen gehört, ſobald er ſich der Zahlung und zwar aus dem Grunde weigert, weil er ſelbſt Erbe zu ſein behauptet, und ſonach die Forderung des Verſtorbenen als auf ihn übergegangen behandelt [5].

Der fingirte Beſitz kommt vor in einer doppelten Beziehung:

1. Dem wirklichen Beſitzer wird gleichgeachtet derjenige, welcher, ohne zu beſitzen, dennoch auf die Klage eingegangen iſt, gleich als ob er beſäße; derjenige alſo, »**qui liti se obtulit**« [6].

Dieſer Satz iſt jedoch gewiſſen Beſchränkungen unterworfen:

Einmal: kann derjenige, welcher auf die Klage eingegangen iſt, zeigen, daß der Kläger gleich von Anfang an es gar wohl gewußt habe, daß er, der Beklagte, nicht beſitze, ſo kann er nicht verurtheilt werden [7].

Und ſelbſt, wenn der Kläger im Irrthume war, ſo kann der Beklagte immer noch zurücktreten, ſo lange es noch nicht zur Litisconteſtation gekommen iſt [8].

2. Ferner wird dem wirklichen Beſitzer gleichgeſtellt derjenige, welcher male fide beſaß, nun aber entweder abſichtlich, oder auch aus Nachläſſigkeit, zu beſitzen aufgehört hat [9]. Ja, wer mala fide in dem Beſitze der Erbſchaft war oder iſt, der kann ſelbſt in Hinſicht desjenigen in Anſpruch genommen werden, was er zu beſitzen nicht einmal angefangen hat. Nämlich, war er in

4) cit. L. 16. §. §. 4. 5. 7.

5) L. 13. §. ult. L. 14. L. 15 D. h. t. coll. L. 42. D. eod. »Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed ideo, quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione.«

6) L. 13 §. 13. D. h. t. ». . . . omnem, qui se offerat petitioni, quasi possidentem teneri«.

7) L. 45. pr. D. h. t.

8) Arg. L. 25. D. d. R. V. VI, 1.

9) L. 13. §. 2. L. 25. §. 2. D. h. t.

der Lage, ſich etwas zur Erbſchaft Gehöriges zu verſchaffen, und hat er dies abſichtlich oder aus Nachläſſigkeit zu thun unterlaſſen — ſo muß er dem Kläger dafür einſtehen [10].

Gewöhnlich wird die Fiction, von welcher hier die Rede iſt, ſo bezeichnet: Man ſagt: die Hereditatis petitio gehe auch gegen denjenigen, »qui dolo fecit, quominus possideret«, oder, inwiefern man insbeſondere nur den aufgegebenen Beſitz im Auge hat, ſo ſagt man: die Hereditatis petitio gehe auch gegen den, »qui dolo possidere desiit« [11]. Dieſe Arten der Bezeichnung dürfen nun aber nicht verleiten, zu glauben, daß unſere Fiction nur unter der Vorausſetzung eines abſichtlichen Aufgebens, eines abſichtlichen Unterlaſſens eintrete; auch Culpa kommt hier in Betracht [12].

Uebrigens gründet ſich dieſe ganze Fiction in einem Senatusconſult aus der Zeit des Hadrianus [13].

Es kommt nun aber

B. auch noch auf den Grund des Beſitzes an. Die Regel iſt dieſe: Die Klage kann nur angeſtellt werden gegen denjenigen, welcher entweder pro herede beſitzt, oder pro possessore [14].

Pro herede beſitzt derjenige, welcher ſich ſelbſt ein Erbrecht beilegt, es ſei nun ein civiles, oder prätoriſches [15]. Aber auch

10) cit. L. 25. §. §. 2. 8. D. h. t.

11) Vgl. cit. L. 25. §. 8. D. h. t. L. 131. D. d. R. J.

12) Dies bezeugt auf das Beſtimmteſte cit. L. 25. §. 2. D. h. t.

13) Die eigenen Worte dieſes Senatusconſults ſind uns erhalten in L. 20. §. 6. D. h. t. Hieher gehören folgende: »Item eos, qui bona invasissent, quum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent; eos autem, qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.«

14) L. 9. D. h. t. (S. ob. Note 1.) L. 7. C. h. t. »Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non summoveri, nemini incognitum est, quum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. A ceteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse, manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa sit.« Vergl. L. 4. C. in quib. caus. cessat longi tempor. praescr. VII, 34.

15) §. 3. I. d. interdict. IV, 15. L. 11. pr. D. h. t.

von demjenigen mögen wir ſagen, daß er pro herede beſitze, welcher die Erbſchaft oder einen Theil derſelben vermöge eines univerſellen Fideicommiſſes zu haben behauptet [16].

Pro possessore beſitzt, wer gar keinen Grund ſeines Beſitzes anzugeben vermag [17]. Dieſem aber iſt derjenige gleichzuachten, welcher zwar einen Grund angibt, aber einen ſolchen, deſſen Fehlerhaftigkeit auf den erſten Blick in's Auge ſpringt [18].

Das nun alſo iſt die Regel: nur gegen denjenigen, welcher pro herede oder pro possessore beſitzt, kann die Hereditatis petitio angeſtellt werden. Utiliter wird ſie aber gegeben auch gegen den Emtor hereditatis [19]; desgleichen gegen den Ehemann, dem ſeine Frau die Erbſchaft als Brautgabe zugebracht hat, ungeachtet er pro dote beſitzt [20].

Aus dem Geſagten ergibt ſich, wie wichtig es für den Kläger iſt, zu wiſſen, in welchem Sinne derjenige beſitze, gegen welchen er zu klagen vor hat; und deshalb wird ihm verſtattet, dieſen Präliminarpunkt durch eine Interrogatio in jure auf's Reine zu bringen [21].

Ich habe nunmehr, ehe ich zu dem folgenden Paragraphen übergehe, noch zweierlei zu bemerken:

1. Gegen den Erben desjenigen, welcher pro herede oder possessore beſaß, kann die Klage nur dann angeſtellt werden, wenn er, der Erbe, ſelbſt im Beſitz iſt. Darauf kommt alsdann nichts an, ob der Erbe es weiß, daß der Verſtorbene pro herede oder pro possessore beſaß, oder ob er es nicht weiß. Auch wenn er in der Meinung ſteht, die Sache, die er beſitzt, gehöre zu der Erbſchaft desjenigen ſelbſt, den er beerbt hat — auch dann wird gegen ihn geklagt werden können. Alſo auf die Meinung des Erben kommt es gar nicht an [22].

16) L. 13. §. §. 5. 6. D. h. t.

17) §. 3. I. d. interdict. IV, 15. L. 11. §. 1. L. 12. L. 13. pr. D. h. t.

18) cit. L. 13. §. 1. D. h. t.

19) Das Nähere hierüber ſiehe L. 13. §. §. 4. 8. 9. D. h. t.

20) cit. L. 13. §. 10. D. h. t.

21) L. 11. C. h. t. »Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis dicere, incivile est, praeter eum scilicet, qui dicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat.« Vergl. §. 176. Note 10. Wegen der heutigen Praxis ſiehe Glück, VII. S. 520.

22) Siehe L. 13. §. 3. D. h. t.

2. Es entſteht jetzt noch die Frage: wenn der Eine wirklich beſitzt, der Andere aber nur als Beſitzer angeſehen wird — kann der Erbe Beide in Anſpruch nehmen?

Hat der Erbe zuerſt den wahren Beſitzer in Anſpruch genommen, und iſt er von dieſem befriedigt, ſo hat er dann keine wirkſame Klage weiter gegen den fictus possessor [23].

Klagt der Erbe zuerſt gegen den fictus possessor, und der wirkliche Beſitzer erklärt ſich bereit, den Kläger zu befriedigen, ſo wird dadurch der fictus possessor von der gegen ihn erhobenen Klage befreit. Wenn der wirkliche Beſitzer nur dazu bereit iſt, ſich, ſtatt des fictus possessor, auf den Prozeß einzulaſſen, ſo kommt es darauf an, ob das Intereſſe des Klägers bei der Klage gegen den wirklichen Beſitzer eben ſo vollſtändig geſichert iſt, wie bei der Klage gegen den fingirten Beſitzer. Iſt dieſes der Fall, ſo kann Letzterer verlangen, daß die Klage gegen ihn aufgegeben werde [24].

Dagegen: Nimmt der Erbe zuerſt den fictus possessor in Anſpruch, ohne daß die Klage von dieſem durch das Dazwiſchentreten des wahren Beſitzers abgewandt wird, und leiſtet dem gemäß der Beklagte das Intereſſe, ſo kommt dies dem wahren Beſitzer keineswegs zu Statten: dieſer kann nun hinterdrein immer noch belangt werden [25].

§. 949.

γ. Ueber den von dem Kläger zu führenden Beweis.

Die Klage wird begründet

1. durch das Succeſſionsrecht, welches der Kläger ſich beilegt; ohne dieſes kann er überhaupt nicht klagen.

2. Durch den Beſitz von Seiten des Beklagten, ſonſt iſt gegen dieſen wenigſtens die Klage unbegründet.

Wenn daher dieſe den Grund der Klage ausmachenden That-

23) L. 95. §. 9. D. d. solutionib. XLVI, 3.

24) L. 13. §. 14. D. h. t.

25) cit. L. 95. §. 9. D. d. solutionib. cit. L. 13. §. 14. D. h. t. Arg. L. 7. D. d. R. V. VI, 1. Vgl. L. 25. §. 8. i. f. D. h. t.

ſachen in Abrede geſtellt werden, ſo muß natürlich der Kläger den Beweis führen.

Was nun den zweiten Punkt anbetrifft, ich meine den Beſitz von Seiten des Beklagten, ſo bedarf dieſer keiner weiteren Erörterung, wohl aber der Beweis des Succeſſionsrechts:

Von einem Succeſſionsrechte kann überall nicht die Rede ſein, ſo lange der zu Beerbende noch am Leben iſt. Läugnet daher der Beklagte den Tod des angeblichen Erblaſſers, ſo muß vor Allem dieſer bewieſen werden. Dieſer Beweis wird, der Regel nach, durch die Ausſage von Zeugen geführt, oder durch ein Atteſt, entweder der weltlichen Obrigkeit, oder des Pfarrers, in deſſen Parochie der zu Beerbende geſtorben iſt. — Iſt derjenige, um deſſen Erbſchaft es ſich handelt, verſchollen, d. h. iſt er ſeit langer Zeit abweſend, ohne daß man von ſeinem Leben und Aufenthalte Kunde hatte, ſo vertreten die Stelle des Beweiſes, daß er verſtorben ſei, gewiſſe Rechtsvermuthungen über die Dauer des menſchlichen Lebens [1]). Es gehört dahin namentlich die Vermuthung, daß der vor dem ſiebenzigſten Jahre Verſchollene, für geſtorben angeſehen wird, ſobald der Zeitpunkt gekommen iſt, in welchem er das ſiebenzigſte Jahr vollendet haben müßte.

Sodann kommt es ferner darauf an, ob der Kläger gerade derjenige ſei, welcher den Verſtorbenen beerbt hat; wobei denn wieder theils der Anfall, theils der Erwerb der Erbſchaft in Betracht kommt.

Die meiſten Schwierigkeiten wird in der Regel die Frage wegen des Anfalls machen:

Setzen wir zuerſt, der Kläger tritt als teſtamentariſcher Erbe auf. Soll hier ſein Anſpruch als begründet erſcheinen, ſo wird natürlich erfordert, daß in der That und zwar in gültiger Form ein Teſtament errichtet, und in dieſem der Kläger zum Erben ernannt ſei. Dies Alles, inwieweit es in Abrede geſtellt wird, hat der Kläger zu erweiſen. Ich erinnere hierbei an das im §. 823. Vorgetragene. — Behauptet der

1) Vergl. hierüber Glück, VII. S. 494. folg.

Beklagte, der Teſtator ſei unfähig geweſen, ein Teſtament zu errichten, oder er ſei zu dem Teſtamente gezwungen worden, oder er habe ſpäter ein anderes Teſtament errichtet, worin der Kläger nicht inſtituirt ſei — ſo iſt es des Beklagten Sache, die Wahrheit dieſer Behauptungen darzuthun; die Beweislaſt fällt hier nicht auf den Kläger.

Jetzt wollen wir uns zweitens den Fall denken, daß der Kläger als Inteſtaterbe auftritt:

Hier fragt es ſich vor Allem: Braucht er den Umſtand zu erweiſen, daß kein Teſtament vorhanden ſei? Hierüber gibt es verſchiedene Meinungen [2]). Das Richtige aber iſt: der Kläger braucht dieſen Umſtand nicht zu erweiſen; vielmehr kommt es, wenn der Beklagte die Exiſtenz eines Teſtaments behauptet, dieſem zu, die Richtigkeit ſeiner Behauptung darzuthun [3]).

Dagegen muß allerdings der Kläger das Verhältniß angeben, worauf er das von ihm in Anſpruch genommene Recht der Inteſtaterbfolge gründet. Mehrentheils wird es ein Verwandtſchaftsverhältniß ſein, worauf er ſich beruft. Und wird dieſes nun in Abrede geſtellt, ſo muß er daſſelbe beweiſen. Nun aber fragt es ſich weiter: hat der Kläger noch mehr zu beweiſen — namentlich hat er zu beweiſen, daß außer ihm weder ein Näherer, noch ein Gleichberechtigter da ſei? Ueber die Beantwortung dieſer Frage iſt man ſehr getheilter Meinung. Es kommt Alles an auf die Anſicht, die man von dem Erbfolgerechte der Verwandten überhaupt hat:

Man kann ſagen: das Geſetz gibt den Verwandten des Verſtorbenen nicht überhaupt ein Recht der Erbfolge, ſo daß nur der Nähere ein ſtärkeres, der Entferntere ein ſchwächeres hätte — ſondern es ruft die Entfernteren nur allein unter der Vorausſetzung zur Succeſſion, daß keine Nähere vorhanden ſind, welche ſie ausſchließen. Geht man von dieſer Anſicht aus, ſo muß man den in Frage geſtellten Beweis dem Kläger allerdings auferlegen: Er muß beweiſen, daß keine Nähere vorhanden ſeien [4]).

2) Siehe Bethmann-Hollweg, Verſuche über einzelne Theile des Civilproceſſes. S. 362. folg.

3) Uebereinſtimmend Glück, VII. S. 510.

4) So namentlich Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 363.

Conſequenter Weiſe wird dann aber, inwiefern der Kläger, wie wir vorausſetzen, die ganze Erbſchaft in Anſpruch nimmt, auch der Beweis ihm zugemuthet werden müſſen, daß keine andere gleich Nahe vorhanden ſeien — denn conſequenter Weiſe muß man, von dem vorhin bezeichneten Geſichtspunkte aus, auch behaupten: das Geſetz gibt demjenigen, welchem kein Anderer vorgeht, nur dann ein Recht auf das Ganze, wenn kein gleich Naher vorhanden iſt.

Dagegen, geht man von der Anſicht aus, daß im Allgemeinen jeder Verwandter, ſchon um der bloßen Verwandtſchaft willen, ein Recht auf die Erbfolge habe, und das Geſetz unter der Mehrzahl der Verwandten nur eine gewiſſe Rangordnung feſtſetzt, ſo wird man es als Ausnahme von der Regel zu betrachten haben, wenn irgend ein einzelner Verwandter durch Andere von der Erbfolge ausgeſchloſſen wird. Und eben ſo nimmt man alsdann an, daß jeder Einzelne eigentlich ein Recht auf das Ganze hat. Dann aber iſt eine weitere Folge die, daß jener vorerwähnte Beweis dem Kläger nicht zugemuthet werden kann; ſondern daß es Sache des Beklagten iſt, ſeiner Seits zu zeigen, daß andere gleich Nahe oder Nähere vorhanden ſind. Für dieſe Anſicht möchte ich mich entſcheiden. Auch ſind für dieſelbe im Allgemeinen wohl die meiſten neueren Rechtsgelehrten. Jedoch machen Mehre noch einen Unterſchied zwiſchen dem Falle, da der Beklagte ſelbſt kein Verwandter iſt — und dem Falle, da er es zu ſein behauptet. In dieſem letzteren Falle, ſagen ſie, muß der Kläger beweiſen, daß er nähere Anſprüche oder gleich nahe habe [5]). Dieſer Unterſchied iſt indeſſen ganz und gar grundlos. Vielmehr verhält es ſich ſo: Wenn der Kläger ſein Verwandtſchaftsverhältniß bezeichnet, und nöthigen Falls erwieſen hat, der Beklagte aber ſagt: ich bin auch ein Verwandter, und zwar von der und der Art — ſo iſt die Frage, ob, unter Vorausſetzung der Richtigkeit dieſer Behauptung, das Recht des Beklagten ſtärker oder von gleicher Stärke ſei, eine reine Rechtsfrage, die, der Regel nach, gar nicht Gegenſtand des Beweiſes

5) So z. B. Glück, VII. S. 510. folg.

ſein kann, ſondern nur Gegenſtand der richterlichen Beurtheilung. Findet nun aber der Richter, daß, die Richtigkeit des Verwandtſchaftsverhältniſſes vorausgeſetzt, der Kläger durch den Beklagten ganz oder zum Theil ausgeſchloſſen werden würde, und der Kläger ſtellt das von dem Beklagten behauptete Verwandtſchaftsverhältniß ſelbſt in Abrede — ſo muß der Beklagte die Exiſtenz deſſelben erweiſen.

§. 950.

δ. Von dem Zwecke der Klage.

Der nächſte Zweck iſt dieſer: Der Kläger verlangt als Erbe anerkannt zu werden: und zwar in dem Maße, in dem er es behauptet hat. Es ſoll ausgeſprochen werden, er ſei Erbe.

Davon iſt nun aber eine nothwendige Folge, daß der Beklagte zu gewiſſen Leiſtungen verurtheilt werden muß. Es fragt ſich, worin beſtehen dieſe?

Es ſind hier zwei Claſſen von Leiſtungen zu unterſcheiden:

Erſte Claſſe: Der Beklagte iſt verbunden, Alles zur Erbſchaft Gehörige, was bei ihm vorhanden iſt, herauszugeben.

Dieſe Verpflichtung bezieht ſich natürlich zunächſt auf alles dasjenige, was ganz eigentlich zu dem Vermögen des Verſtorbenen gehört hat, nebſt allen ſpäteren Acceſſionen, und den percipirten Früchten [1]).

Aber es werden als zur Erbſchaft gehörig auch noch manche andere Gegenſtände betrachtet. Nämlich: Auch diejenigen fremden Sachen müſſen herausgegeben werden, für welche der Verſtorbene einſtehen mußte; z. B. Sachen, welche ihm geliehen, oder bei ihm deponirt waren [2]). Desgleichen diejenigen, an denen er ein Jus retentionis hatte [3]). Endlich kann der Erbe verlangen, daß ihm ſelbſt ſolche Sachen ausgeliefert werden, welche erſt der Beklagte angeſchafft hat — wenn ſie näm-

1) L. 18. §. ult. L. 20. §. 3. L. 27. §. 1. L. 56. D. h. t.

2) L. 19. pr. D. h. t.

3) cit. L. 19. §. 2. D. h. t.

lich zum Behuf der Erbſchaft angeſchafft ſind. Und zwar: ſind die Sachen mit Erbſchaftsgeldern angeſchafft, ſo kann der Kläger deren Auslieferung ſchlechthin fordern; ſonſt nur gegen Erſatz [4].

Zweite Claſſe: In dieſe gehören diejenigen Leiſtungen, welche für nicht Vorhandenes Entſchädigung gewähren ſollen. Hinſichtlich dieſer muß man nun aber die Zeit

A. vor Anſtellung der Klage unterſcheiden,

B. von der Zeit nach Anſtellung der Klage.

A. Hier zeigt ſich nun wieder ein weſentlicher Unterſchied, jenachdem der Beklagte in bona oder in mala fide war, zwiſchen den Verpflichtungen des Bonae fidei possessor, und denjenigen, welche dem Malae fidei possessor obliegen.

Zuerſt von dem Bonae fidei possessor.

Hat dieſer Sachen, welche zur Subſtanz der Erbſchaft gehören, vor angeſtellter Klage deteriorirt oder vernichtet, ſo kann er deswegen nicht in Anſpruch genommen werden; ſelbſt nicht, wenn er abſichtlich verfuhr. Denn es kommt ihm zu Statten, »quod re sua abuti se putabat« [5]).

Hat er Sachen der Art veräußert, ſo iſt er verbunden, ſo viel herauszugeben, als er durch die Veräußerung reicher iſt [6]).

Was aber die Früchte betrifft, ſo braucht er für vernachläſſigte Früchte durchaus nicht einzuſtehen; dagegen haftet er wegen percipirter Früchte, welche conſumirt ſind, inſoweit er reicher iſt [7]). Der Bonae fidei possessor iſt alſo in dieſer Beziehung bei der Hereditatis petitio weniger begünſtigt, als bei der Rei vindicatio. Vergl. §. 238.

Uebrigens werden wir den Bonae fidei possessor für bereichert achten müſſen nicht nur durch das, was er erworben,

4) cit. L. 20. pr. D. h. t. »Item veniunt in hereditatem etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt . . . . Et si quidem pecunia hereditaria sint comparata, sine dubio venient. Si vero non pecunia hereditaria, videndum erit. Et puto etiam haec venire, si magna utilitas hereditatis versetur, pretium scilicet restituturo herede«

5) L. 25. §. 11. L. 31. §. 3. D. h. t.

6) L. 22. D. h. t. L. 1. §. 1. C. h. t.

7) cit. L. 1. §. 1. C. h. t. L. 40. §. 1. D. h. t. §. 2. I. d. officio jud. IV, 17.

ſondern auch durch das, was er erſpart hat. Angenommen daher, der Bonae fidei possessor hat im Vertrauen auf die Erbſchaft beſſer gelebt, mehr ausgegeben, als er gewohnt war, und als er außerdem gethan hätte: hier wird er nur inſoweit für bereichert zu achten ſein, als er den **gewohnten Aufwand** aus eigenem Vermögen erſpart hat [8]).

Ferner iſt zu bemerken: Bei Entſcheidung der Frage, ob der **Bonae fidei possessor** bereichert ſei oder nicht, wird auf den Zeitpunkt der Verurtheilung Rückſicht genommen. Er kann früher aus dem Beſitze der Erbſchaft reicher geweſen ſein — jetzt vielleicht iſt er es nicht mehr, da kommt die frühere Bereicherung nicht in Betracht [9]).

Ich komme nun **zweitens** zu dem **Malae fidei possessor**:

Sind Sachen, welche zur Subſtanz der Erbſchaft gehören, durch des Beklagten Schuld zu Grunde gegangen oder deteriorirt, ſo muß er den Schaden erſetzen. Nicht nur für den **Dolus** muß er einſtehen, ſondern auch für **Culpa** [10]).

Wie aber, wenn er dergleichen Sachen veräußert hat?

Läßt ſich die Veräußerung als eine nothwendige darſtellen, wurde ſie z. B. vorgenommen, weil es zur Befriedigung eines Erbſchaftsgläubigers an Barſchaft fehlte, oder weil die Beibehaltung der veräußerten Sache nachtheilig geweſen ſein würde — ſo muß der Beklagte den für die Sache empfangenen Preis herausgeben. Zu einem Mehren jedoch iſt er nicht verpflichtet, außer inwieweit eine Schuld ihm zur Laſt fällt.

Bei anderweitigen Veräußerungen kommt es darauf an, ob die veräußerte Sache **noch exiſtirt**, oder **nicht**: In dem **erſten** Falle kann die Sache mit allen Acceſſionen gefordert werden — und iſt der Beklagte außer Stande, die Sache ſelbſt herbeizuſchaffen, der volle Werth derſelben. In dem **letzteren** Falle — da nämlich die Sache nicht mehr exiſtirt — da kann natürlich nur der Werth gefordert werden. — In keinem Falle jedoch ſoll der Beklagte etwas lucriren: Wenn alſo der Preis,

8) L. 25. §. 16. D. h. t.
9) L. 36. §. 4. D. h. t.
10) L. 25. §. 2. D. h. t.

den er für die veräußerte Sache empfing, deren Werth überſteigt; ſo wird der Kläger nicht nöthig haben, mit dieſem oder mit der Sache ſelbſt ſich zu begnügen; vielmehr wird es ihm alsdann freiſtehen, den Preis zu verlangen, welchen der Beklagte erhalten hat. Mithin werden wir ſagen müſſen: Im Fall einer nicht nothwendigen Veräußerung hat der Kläger die Wahl, ob er den Werth oder die Sache ſelbſt fordern will [11]).

Was die Früchte betrifft, ſo kommt der Malae fidei possessor in Anſehung derer, welche verzehrt ſind, damit nicht ab, daß er herausgibt nur, was er reicher iſt; nein, er muß dieſe Früchte ihrem wahren, vollen Werthe nach erſetzen [12]).

Und wie überhaupt der Malae fidei possessor in Anſpruch genommen werden kann in Anſehung auch desjenigen, was er zu erwerben unterlaſſen hat, ſo kann auch von ihm Erſatz gefordert werden wegen der vernachläſſigten Früchte [13]).

B. Anlangend die Zeit nach Anſtellung der Klage, ſo verſchlimmert ſich hier die Lage des Malae fidei possessor inſofern, als er post litem contestatam ſelbſt wegen zufälligen Unterganges der zur Erbſchaft gehörigen Sachen in Anſpruch genommen werden kann [14]), vorausgeſetzt, daß der Zufall, welcher den Untergang der Sache herbeiführte, bei früherer Reſtitution entweder ſich gar nicht ereignet, oder doch für den Kläger keine nachtheiligen Folgen gehabt haben würde [15]).

Was aber den Bonae fidei possessor anbelangt, ſo iſt dieſer von der Zeit der angeſtellten Klage an — post motam controversiam — zu denſelben Leiſtungen verpflichtet, wie der Malae fidei possessor, mit der einzigen Ausnahme, daß er für den zufälligen Untergang auch jetzt nicht einſteht [16]).

Bei der Rei vindicatio hebt die Gleichſtellung des Bonae fidei possessor mit dem Malae fidei possessor erſt mit der

11) Siehe L. 20. §. §. 2. 12. 21. L. 33. §. 1. L. 36. §. 3. D. h. t.

12) L. 40. §. 1. D. h. t. §. 2. I. d. offic. jud. IV, 17.

13) L. 25. §. §. 2. 3. 4. D. h. t. cit. §. 2. I. d. offic. jud.

14) L. 40. pr. D. h. t. (S. oben §. 235. Note 8.)

15) Argum. L. 15. §. ult. D. d. R. V. VI, 1.

16) cit. L. 40. pr. D. h. t.

Litiscontеſtation an — bei der Hereditatis petitio aber ſchon mit der Anſtellung der Klage [17]).

§. 951.

ε. Von den Gegenforderungen des Beklagten.

Wir haben nunmehr geſehen, welche Leiſtungen dem Beklagten obliegen. Es fragt ſich jetzt noch nach den Gegenforderungen des Beklagten:

1. Was der Beklagte an den Verſtorbenen zu fordern hatte, darf er, ſobald er Bonae fidei possessor iſt, in Abrechnung bringen, ſelbſt wenn der Verſtorbene ihm nur naturaliter verpflichtet war. Dagegen findet von Seiten des Malae fidei possessor Abrechnung nur inſoweit Statt, als ſie dem Intereſſe des Klägers gemäß iſt [1]).

2. Der Beklagte darf die für die Beerdigung des Verſtorbenen verwandten Koſten abrechnen [2]).

3. Eben ſo dasjenige, was er an die Gläubiger des Verſtorbenen gezahlt hat. Der Kläger wird durch ſolche Zahlungen von den Anſprüchen der Gläubiger zwar nicht ipso jure befreiet, aber er gewinnt doch wenigſtens eine Doli exceptio — und daher iſt der Abzug billig. — Uebrigens: Von dem Malae fidei possessor kann der Kläger Sicherheit fordern, daß er ihn gegen die etwaigen Klagen der befriedigten Erbſchaftsgläubiger vertreten wolle; der Bonae fidei possessor aber kann zur Ceſſion der Indebiti condictio angehalten werden [3]).

4. Der Bonae fidei possessor darf, gegen Abtretung der Indebiti condictio, auch den Betrag der von ihm ausgezahlten Legate in Abzug bringen [4]).

5. Auch zum Erſatz der Verwendungen kann der Kläger verbunden ſein:

Nämlich Koſten, welche auf die zu reſtituirenden Früchte verwandt ſind, kann ſowohl der Malae als der Bonae fidei pos-

17) L. 25. §. 7. D. h. t. Vgl. §. 165. Note 13.
1) L. 31. §. §. 1. 2. D. h. t.
2) L. 4. C. h. t.
3) L. 31. pr. D. h. t. Vergl. L. 65. §. 9. D. d. condict. indeb. XII, 6.
4) L. 17. D. h. t. L. 3. L. 4. L. 5. D. d. condict. indeb. XII, 6.

sessor in Abzug bringen 5); der **Bonae fidei** possessor kann aber ſelbſt diejenigen Koſten erſetzt verlangen, die er auf den Gewinn der Früchte vergebens verwandt hat 6).

Mit den auf die Subſtanz verwandten Koſten verhält es ſich ſo: der **Bonae fidei** possessor kann ſie insgeſammt erſetzt verlangen — nicht bloß die necessariae und utiles impensae, ſondern auch die voluptuosae; ſelbſt inwieweit die Sache, worauf er ſie verwandte, nicht mehr vorhanden iſt. Der **Malae fidei** possessor dagegen kann nur die necessarias impensas erſetzt verlangen, und diejenigen utiles, deren Nutzen noch jetzt vorhanden iſt. In Anſehung der Impensae voluptuariae hat er nur das Jus tollendi 7).

Ueber die Frage, ob der Beſitzer wegen der Koſten außer dem Rechte der Retention auch das Recht der Klage hat, ſiehe §. 645. II. 1.

b. Proviſoriſche Rechtsmittel. (§. §. 952 — 955.)

§. 952.

α. Von dem ſ. g. Remedium ex L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo.

COD. VI, 33. De edicto Divi Hadriani tollendo, et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur.

Schon vor Juſtinian war der in einem ſchriftlichen Teſtamente zum Erben Ernannte befugt, um eine In possessionem missio nachzuſuchen. Hadrianus aber hatte durch ein Edict die Ausübung dieſer Befugniß ſehr erſchwert. Auch erloſch ſie ſchon mit dem Ablauf Eines Jahres 1).

Juſtinian hat nun aber durch die L. ult. C. d. edicto Divi Hadriani tollendo etc. VI, 33. das Edict des Hadrian aufgehoben, und zugleich vorgeſchrieben, wie es fortan gehalten werden ſolle. Nach dieſer Conſtitution pflegen die Neueren das hier in Rede ſtehende Rechtsmittel zu benennen. Die eigenthümliche Beſchaffenheit deſſelben wird ſich aus folgenden Sätzen ergeben:

5) L. 36. §. 5. D. h. t. Vgl. §. 82. Note 6.
6) L. 37. D. h. t.
7) L. 38. L 39. D. h. t.
1) Paul. III, 5. §. 16.

1. Es wird ein ſchriftlich abgefaßtes Teſtament vorausgeſetzt, welches, wie die Neueren es ausdrücken, an keinem Vitio visibili laborirt. — Ein Vitium visibile aber iſt ein ſolches, was durch die bloße Leſung, durch die bloße Einſicht des Teſtaments ſofort außer Zweifel geſetzt wird; wie wenn es einem Privatteſtamente an der erforderlichen Zahl der Unterſchriften fehlt. Man darf dabei aber nicht überſehen, daß es, um ſagen zu können, die Fehlerhaftigkeit des Teſtaments iſt außer Zweifel, nicht bloß auf das Thatſächliche, ſondern zugleich auf das Rechtliche ankommt. Sobald es daher in jure ſtreitig iſt, ob etwas ein Fehler ſei, oder nicht, ſo wird unſer Remedium nicht ausgeſchloſſen.

2. Derjenige, der in einem Teſtamente der eben beſchriebenen Art zum Erben eingeſetzt iſt, kann unter Vorzeigung deſſelben, darum anſuchen, daß ihm geſtattet werde, diejenigen Gegenſtände in Beſitz zu nehmen, welche beim Tode des Teſtators zu deſſen Vermögen gehört haben, und ſich jetzt in den Händen dritter Perſonen befinden [2].

3. Findet ſich, wie Juſtinian ſich ausdrückt, kein Contradictor, d. h. findet ſich Niemand, welcher widerſpräche, ſo wird die nachgeſuchte Erlaubniß ſofort ertheilt.

4. Findet ſich aber ein Gegner, widerſetzt ſich z. B. derjenige, welcher die in Frage ſtehenden Gegenſtände inne hat, dem Verlangen des Anſuchenden, ſo kann die In possessionem missio erſt nach einer vorgängigen proceſſualiſchen Verhandlung ertheilt werden. Das Verfahren bei dieſer Verhandlung iſt ſummariſch. Der Zweck iſt auf die Entſcheidung über den einſtweiligen Beſitz beſchränkt. Daher bleibt es dem Contradictor, der in dieſem Verfahren verliert, unbenommen, über das Recht ſelbſt, mittelſt der Hereditatis petitio, einen neuen Prozeß einzuleiten [3]. Was aber die Entſcheidung über den Beſitz betrifft, ſo wird dagegen keine Appellation geſtattet [4].

2) Wegen des früheren Rechts ſiehe Paul. III, 5. §. 18.

3) Vgl. Paul. III, 5. §. 14.

4) L. 7. pr. D. d. appellationib. recipiendis vel non. XLIX, 5. L. 6. C. quorum appellationes non recipiuntur. VII, 65.

5. Es findet keine andere Zeitbeſtimmung Statt als diejenige, welche die allgemeinen Grundſätze von der Verjährung mit ſich führen.

§. 953.

β. Von der Bonorum possessio ex Carboniano edicto.

† DIG. XXXVII, 10. † COD. VI, 17. De Carboniano edicto.

Sie führt ihren Namen nach einem Prätor, Namens Carbo. — Die ausdrücklichen Beſtimmungen, welche darüber in unſeren Quellen vorkommen, ſind folgende:

Es wird vorausgeſetzt:

1. Daß die Erbſchaft eines verſtorbenen Mannes von einem Deſcendenten, der die Rechte eines Notherben hat, in Anſpruch genommen werde, und zwar wird, in der Regel wenigſtens, erfordert, daß dies entweder gegen den Inhalt eines vorhandenen Teſtaments, oder ab intestato geſchehe [1]).

2. Wird vorausgeſetzt, daß dieſer Deſcendent ein Unmündiger ſei [2]).

3. Daß ihm von irgend einem Andern mit der Erbſchaft zugleich die perſönlichen Verhältniſſe ſtreitig gemacht werden, worauf er ſeine Erbanſprüche gründet, z. B. die Abſtammung von dem Verſtorbenen [3]).

Unter dieſen Vorausſetzungen kann der Unmündige innerhalb eines Jahres darauf antragen, daß die Verhandlungen über die ihm erregte Controvers bis zu ſeiner Mündigkeit ausgeſetzt, und ihm einſtweilen der Beſitz der Erbſchaft geſtattet werde [4]).

Die Entſcheidung über dieſes Geſuch ſetzt eine ſummariſche Causae cognitio voraus. Dem Geſuche darf nur dann deferirt

1) Vergl. L. 1. §. 3. L. 3. pr. L. 6. pr. et §. 2. D. h. t.
2) L. 1. pr. L. 3. §. 3. D. h. t.
3) cit. L. 1. pr. L. 3. §. 6. L. 6. §. 3. D. h. t.
4) cit. L. 1. pr. D. h. t. »Si cui controversia fiet, an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset, et judicium in tempus pubertatis, causa cognita, differtur.« — L. 3. §. 14. D. eod.

werden, wenn ſich ergibt, daß die Erbansprüche des Unmündigen nicht offenbar grundlos ſind, und daß die Ausſetzung des Prozeſſes ihm vortheilhaft iſt [5]).

Im Fall der Gewährung des Geſuches wird es hinſichtlich des einſtweiligen Beſitzes der Erbſchaft ſo gehalten: Nimmt der Unmündige nur einen Theil der Erbſchaft in Anſpruch, ſo verſteht es ſich, daß auch ſein Beſitz ſich nicht über dieſen Theil hinaus erſtrecken kann [6]). Nimmt er aber die ganze Erbſchaft in Anſpruch, ſo wird ihm, wenn er wegen dereinſtiger Herausgabe derſelben Sicherheit leiſtet, der ausſchließliche Beſitz verſtattet, und die Verwaltung ſeinem Vormunde überlaſſen [7]). Leiſtet er keine Sicherheit, ſo kann der Gegner den Mitbeſitz verlangen, und überdies, gegen Caution, auch die Verwaltung. Wird von keiner Seite her Sicherheit beſtellt, ſo ernennt die Obrigkeit, zum Behuf der Verwaltung, einen eigenen Curator [8]). In jedem Falle kann der Unmündige, nie aber ſein Gegner aus der Erbſchaft Alimente fordern; und dieſe braucht er, wenn er in der Folge den Prozeß verliert, nicht zu reſtituiren [9]).

Dies ſind die in den Quellen enthaltenen ausdrücklichen Beſtimmungen. Aber es iſt zu erwägen, daß ſeit der Nov. 115. nicht mehr, wie ehedem, nur Männer, ſondern auch Frauen Notherben haben. Und daher muß jetzt das Carbonianum Edictum auch den Deſcendenten einer Frau zu Statten kommen.

§. 954.

γ. Von der Bonorum possessio furiosi nomine.

† DIG. XXXVII, 3. De bonorum possessione furioso, infanti, muto, surdo, caeco competente. — COD. V, 70. De curatore furiosi vel prodigi.

Denken wir uns, einem Furiosus iſt eine Erbſchaft zugefallen. Er ſelbſt kann nicht antreten; auch kein Anderer für ihn; ſ. §. 934. Aber der Curator darf für ihn den proviſo-

5) cit. L. 1. pr. L. 3. §. §. 4. 5. D. h. t.

6) L. 5. pr. D. h. t.

7) Ueber den Inhalt dieſer Verwaltung ſiehe L. 3, §. 13. L. 7. §. 5. L. 15. L. 16. D. h. t.

8) L. 1. §. 1. L. 5. §. §. 2. 5. D. h. t.

9) L. 5. §. 3. L. 6. §. §. 4. 5. D. h. t.

riſchen Beſitz der Erbſchaft in Anſpruch nehmen; ja findet er, daß die Erbſchaft vortheilhaft iſt, ſo iſt er, für dieſe proviſoriſche Beſitzergreifung Sorge zu tragen, ſogar verpflichtet [1]).

Stirbt der **Furiosus**, ohne sanae mentis geworden zu ſein, ſo fällt die Erbſchaft an diejenigen, die zur Zeit ſeines Todes nach ihm die nächſten Anſprüche haben [2]). Wird er sanae mentis, ſo hängt es nunmehr von ihm ab, anzutreten oder auszuſchlagen. Will er die Erbſchaft nicht haben, ſo fällt ſie auch hier an diejenigen, welche nach ihm die Nächſten ſind, und zwar zu der Zeit gerade, wo er erklärt, die Erbſchaft nicht haben zu wollen [3]).

§. 955.

δ. Von der Bonorum possessio ventris nomine.

† **DIG. XXXVII, 9.** De ventre in possessionem mittendo et curatore ejus. **XXV, 5.** Si ventris nomine muliere in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur. **XXV, 6.** Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur.

Nach Maßgabe deſſen, was über dieſe **Bonorum possessio** in den Quellen ausdrücklich geſagt wird, ſind die regelmäßigen Vorausſetzungen dieſe:

Es handelt ſich um die Erbſchaft eines Mannes, bei deſſen Tode eine ſchwangere Frau vorhanden iſt. Das Kind aber, mit welchem dieſe Frau ſchwanger geht, würde, wenn es geboren wäre, ein Descendent des Verſtorbenen ſein, und dieſen beerben, es ſei nun ab intestato, oder gegen den Inhalt eines Teſtaments, oder in Gemäßheit deſſelben; und dieſes Kind iſt auch nicht etwa exheredirt [1]).

Sind nun dieſe Vorausſetzungen vorhanden, ſo kann die Frau begehren, daß ihr geſtattet werde, Namens ihres noch ungebornen Kindes, alſo ventris nomine, den Nachlaß des Verſtorbenen in Beſitz zu nehmen. Die Verwaltung des Nach-

1) L. 7. §. 3. C. d. curatore furiosi etc. V, 70. (Justinianus.) A. 530.
2) cit. L. 7. §. 8. C. eod.
3) cit. L. 7. §. 9. C. eod.
1) Vgl. L. 1. §. §. 1. 2. 11. 12. L. 7. pr. L. 10. D. h. t.

laſſes wird ihr nicht überlaſſen: vielmehr wird dem Nasciturus ein Curator beſtellt, welcher zugleich das Vermögen, deſſen Beſitz der Frau eingeräumt iſt, verwaltet, und dieſer um des Kindes Willen aus dem Nachlaſſe die nöthigen Alimente verabreichen muß [2]).

Dieſer einſtweilige Beſitz dauert ſo lange, bis entweder das Kind zur Welt kommt, oder gewiß wird, daß es nicht zur Welt kommen wird — indem die Frau abortirt, oder ſich zeigt, daß die Vorausſetzung der Schwangerſchaft ungegründet war [3]). In jedem Falle werden die verabreichten Alimente als ein Aes alienum der Erbſchaft angeſehen [4]), und es findet keine Vergütung Statt, ſobald die Frau in bona fide war [5]). Uebrigens bezieht ſich der der Frau einzuräumende Beſitz auf den ganzen Nachlaß, wenn der Nasciturus alleiniger Erbe ſein würde; außerdem aber gelangt die Frau nur zum Mitbeſitz [6]).

Die bisherige Darſtellung betrifft bloß den Fall, welcher für die Bonorum possessio ventris nomine die Regel bildet. Ausnahmsweiſe wird indeſſen auch da, wo der Nasciturus, wenn er geboren wäre, kein Deſcendent des Erblaſſers ſein würde, der Frau der Beſitz der Erbſchaft eingeräumt, ſobald es ihr außerdem an dem erforderlichen Unterhalte fehlen würde [7]). Und nach dem Rechte der Novellen ſcheint ſelbſt die Vorausſetzung nicht mehr als weſentlich nothwendig betrachtet werden zu können, daß es ſich gerade um die Erbſchaft eines Mannes handeln müſſe.

Zum Beſchluß verdient noch Folgendes bemerkt zu werden:

Wenn die Frau den ihr eingeräumten Beſitz böslicher Weiſe auf einen Andern übertragen hat, oder wenn ſie, wohl wiſſend, daß ſie nicht ſchwanger ſei, ſich fälſchlich für ſchwanger ausgegeben hat, ſo ſteht demjenigen, welcher dadurch beeinträchtigt iſt, gegen die Frau eine Klage auf Leiſtung des Intereſſe zu [8]).

2) L. 1. §. §. 17 — 23. D. h. t.
3) cit. L. 1. §. 27. D. h. t.
4) L. 9. D. h. t.
5) cit. L. 1. §. §. 3. 4. L. 3. D. h. t.
6) L. 7. §. 2. D. h. t.
7) L. 6. D. h. t.
8) Von dieſem Falle handeln die oben angeführten Titt. Dig. XXV, 5. und XXV, 6.

E. Von der Veräußerung der Erbſchaft. (§. §. 956—958.)

† **DIG. XVIII, 4.** † **COD. IV, 39. De hereditate vel actione vendita.**

§. 956.

A. Im Allgemeinen.

Derjenige, welcher Erbe geworden iſt, kann die Erbſchaft in der Art nicht veräußern, daß er aufhörte Erbe zu ſein, und nun, ſtatt ſeiner, ein Anderer Erbe würde. Das Recht des Erben iſt inſofern unablöslich von ſeiner Perſon, daß es nur auf denjenigen übergehen kann, der durch univerſelle Succeſſion ganz und gar mit ihm identificirt wird. Und ſo iſt es nicht etwa bloß nach Juſtinianiſchem Rechte; ſo war es auch ſchon nach dem Rechte zur Zeit der claſſiſchen Juriſten. Das bloße **Jus succedendi** ließ im Fall der Inteſtaterbfolge Uebertragung auf einen Andern durch **In jure cessio** zu — nicht aber die wirklich bereits erworbene Erbſchaft, ſie mochte nun dem Erben **ab intestato** oder **ex testamento** zugefallen ſein [1]).

Aber wenn ſchon die Erbſchaft an und für ſich ſelbſt nicht veräußert werden kann, ſo iſt es doch möglich, daß die Vortheile und Nachtheile, welche die Erbſchaft gewährt, auf einen Andern übertragen werden. Dahin gehört die Reſtitution der Erbſchaft an denjenigen, welchem ſie vermöge eines Fideicommiſſes herausgegeben werden muß. Hier hat die Uebertragung ihren Grund in dem Willen des *Erblaſſers* — und davon wird in der Lehre von den Vermächtniſſen gehandelt werden. (§. §. 1059—1072.) Die Uebertragung kann aber auch gegründet ſein in dem bloßen Willen des *Erben* — und da wird denn mehrentheils ein *Verkauf* zum Grunde liegen. Daher verdient dieſe Art der Veräußerung vorzugsweiſe ausführlich erörtert zu werden.

In die Lehre von den Wirkungen des Erwerbes gehört zunächſt allerdings nur der Verkauf einer dem Verkäufer *erworbenen* Erbſchaft, wovon in den folgenden beiden Paragraphen

1) Siehe Gaj. II. §. §. 35. 36.

gehandelt werden wird. Aber der Verkauf der Erbſchaft kann auch in anderer Weiſe vorkommen — und dieſe anderen Fälle müſſen, des Zuſammenhanges halber, ebenfalls berückſichtigt werden. Dies nun ſoll gleich hier, noch in dieſem Paragraphen geſchehen:

1. Es kann Jemand eine Erbſchaft verkaufen, die ihm nur erſt deferirt iſt: Ein ſolcher Verkauf gibt dem Käufer indeſſen keineswegs das Recht, ſeiner Seits die Erbſchaft anzutreten — ſondern der Käufer kann nur fordern, daß der Verkäufer ſie antrete, und demnächſt ihm die Vortheile derſelben zuwende.

2. Ferner: Wie man überhaupt nicht nur eigene Sachen verkaufen kann, ſondern auch fremde, ſo iſt es ſogar zuläſſig, daß Jemand eine Erbſchaft verkaufe, an welche er gar keinen Anſpruch hat, die irgend einem Dritten deferirt oder erworben iſt. Kann hier der Verkäufer dem Käufer die Erbſchaftsmaſſe ſelbſt nicht verſchaffen, ſo muß er den Werth derſelben leiſten [2]).

3. Auch als **Emtio spei** kann der Kauf einer Erbſchaft vorkommen. Nämlich: Es kann Jemand dem Andern die bloße Möglichkeit verkaufen, daß die Erbſchaft einer beſtimmten bereits verſtorbenen Perſon ihm entweder zugefallen ſei, oder noch in der Folge zufallen möchte, z. B. durch Erfüllung einer für jetzt noch ſchwebenden Bedingung. Oder es kann der Verkauf ſich auch auf eine Erbſchaft überhaupt, und nicht auf die Erbſchaft einer beſtimmten Perſon beziehen: Ich verkaufe dir die Möglichkeit, daß irgend eine Erbſchaft mir zugefallen ſei, oder noch zufalle. In den hier bezeichneten Fällen iſt die **Emtio hereditatis** eine **Emtio spei**: der Käufer muß daher auf jeden Fall den Kaufpreis zahlen, auch wenn ſeine Hoffnung getäuſcht wird, ſobald nur von Seiten des Verkäufers kein **Dolus** im Spiele iſt [3]).

Unter den bisher angegebenen Vorausſetzungen iſt der Verkauf einer von dem Verkäufer nicht erworbenen Erbſchaft zuläſſig.

2) L. 8. D. h. t. Vergl. L. 3. §. 2. D. pro socio.
3) L. 10. — L. 12. D. h. t. XVII, 2.

Setzen wir dagegen: Es verkauft Jemand die Erbſchaft einer beſtimmt bezeichneten Perſon, die aber in der That weder exiſtirt, noch exiſtirt hat — alſo die Erbſchaft eines Solchen, **qui nullus est** — dann iſt der Verkauf ohne Gegenſtand und daher inſofern ungültig: der Käufer wird nichts weiter fordern können, als daß ihm der etwa ſchon gezahlte Kaufpreis zurückgegeben werde; es wäre denn, daß der Verkäufer **mala fide** zu Werke gegangen, in welchem Falle der Käufer allerdings auch das Intereſſe wird verlangen können [4]).

Ferner iſt es nach Römiſchen Grundſätzen unzuläſſig, die Erbſchaft einer beſtimmten noch lebenden Perſon zu verkaufen. Denn, wird hier die Erbſchaft als bereits vorhanden verkauft, ſo fehlt es an einem Gegenſtande — denn **Viventis nulla est hereditas** [5]). Wird aber die Erbſchaft als eine zukünftige verkauft, ſo fehlt es zwar nicht an einem Gegenſtande; aber Verträge über die dereinſtige Erbſchaft eines noch Lebenden werden nach Römiſchem Rechte, der Regel nach, überhaupt als unzuläſſig betrachtet, als etwas den guten Sitten Widerſtreitendes; ſie ſollen gelten nur unter der Einen Vorausſetzung, daß derjenige, auf deſſen Erbſchaft es abgeſehen iſt, ſeine Zuſtimmung ertheilt, und bei dieſer bis an ſeinen Tod beharrt [6]); und dies findet denn natürlich Anwendung auch auf den Verkauf der Erbſchaft [7]).

Indeſſen: Was das heutige Recht betrifft, ſo ſind die meiſten Rechtsgelehrten der Meinung, daß, wie bei uns andere Erbverträge gelten, ſo namentlich auch ſolche Verträge als zuläſſig betrachtet werden müſſen, wodurch ihrer zwei über die künftige Erbſchaft eines noch lebenden Dritten paciſciren, gleich viel ob dieſer einwilligt oder nicht [8]).

4) **L. 1. L. 7. cit. L. 8. L. 9. D. h. t.**

5) **cit. L. 1. D. h. t.**

6) **L. ult. C. d. pact. II, 3.**

7) **L. 2. §. ult. D. d. his, quae ut indignis etc. XXXIV, 9. L. 29. §. 2. L. 30. D. d. donationib. XXXIX, 5. cit. L. ult. C. d. pact. II, 3.**

8) Neuerdings hat indeſſen Haſſe die Richtigkeit dieſer Anſicht beſtritten, im Rhein. Muſeum, Jahrg. II. S. 228. folg.

B. Insbeſondere von dem Falle, da der Erbe die ihm erworbene Erbſchaft verkauft. (§. §. 957. 958.)

§. 957.

a. Von dem Verhältniſſe der Contrahenten unter einander.

I. Was hat der Verkäufer dem Käufer zu leiſten?

1. Er muß alle die Vortheile, welche ihm bis zum Augenblicke des Verkaufes aus der Erbſchaft erwachſen ſind, dem Käufer überlaſſen, wofern nicht Eines oder das Andere ausgenommen iſt bei dem Verkauf [1]. Daher hat er die zur Erbſchaft gehörigen Sachen dem Käufer zu übergeben [2]; desgleichen die zur Erbſchaft gehörigen Forderungen, und die denſelben entſprechenden Klagen dem Käufer zu überlaſſen, alſo die daraus entſpringenden Klagen zu cediren [3]. Hat er früher ſchon Sachen, welche zur Erbſchaftsmaſſe gehörten, verkauft, ſo muß er das Kaufpretium an den Käufer der Erbſchaft herausgeben; eben ſo muß er den Betrag der von ihm bereits beigetriebenen Forderungen des Verſtorbenen an den Käufer abliefern [4]. War er ſelbſt Schuldner des Verſtorbenen und iſt ihm nun aus dem Erwerbe der Erbſchaft der Vortheil erwachſen, ſeine Schuld durch Confuſion getilgt zu ſehen, ſo muß er auch dieſen Vortheil dem Käufer zufließen laſſen [5]. Hat er auf den Grund der Erbſchaft gegen irgend Jemanden eine neue Forderung erworben, ſo muß er dieſe dem Käufer ebenfalls überlaſſen; ſo z. B., wenn er ſich von einem Schuldner des Verſtorbenen hat Bürgen ſtellen laſſen, die Forderung aus dieſer Bürgſchaft [6].

2. Es kann ſein, der Verkäufer hat vor dem Verkauf den Beſtand der Erbſchaft poſitiv vermindert, oder etwas, was er für die Erbſchaft erwerben konnte, zu erwerben unterlaſſen. Wenn er nun davon den Käufer noch vor dem Abſchluß des Kaufs unterrichtet, ſo hat der Käufer keinen Grund, ſich zu beſchweren; es ſteht ja dann bei ihm, ſich entweder auf den

1) L. 2. §. 1. und §. §. 12 — 14. D. h. t.
2) L. 14. §. 1. D. h. t.
3) L. 2. §. 3. D. h. t.
4) cit. L. 2. §. 3. D. h. t.
5) L. 20. §. 1. D. h. t.
6) L. 2. §. 8. D. h. t.

Kauf überall nicht einzulaſſen, oder den Kaufpreis geringer zu ſtellen, als er ihn außerdem geſtellt haben würde. Iſt dies nun aber nicht geſchehen, und hat der Verkäufer die Verminderung der Erbſchaft abſichtlich oder wenigſtens durch grobe Nachläſſigkeit bewirkt, ſo muß er dem Käufer den für dieſen ſich ergebenden Nachtheil vergüten [7].

3. Der Verkäufer muß dem Käufer auch jeden von der Erbſchaft nach Abſchluß des Verkaufes gezogenen Vortheil überlaſſen [8].

4. In Rückſicht auf dieſe ſpätere Zeit ſteht der Verkäufer nicht bloß für den **Dolus** ein, und was dem gleich iſt, ſondern auch für **Culpa** im engern Sinne, d. h. für **levis culpa**, nach Maßgabe der allgemeinen Grundſätze [9].

5. Erwerb, der nicht durch die verkaufte Erbſchaft ſelbſt rechtlicher Weiſe begründet iſt, iſt kein Gegenſtand der Herausgabe an den Käufer. Daher braucht z. B. der Verkäufer nicht herauszugeben, was er, wenn ſchon in Beziehung auf die Erbſchaft, doch **indebite** erhalten hat [10]. Eben ſo: Wenn Einer, der von dem Vater eines Unmündigen inſtituirt, und zugleich dem Unmündigen **pupillariter** ſubſtituirt iſt, die väterliche Erbſchaft verkauft hat, ſo braucht er von demjenigen, was er **ex pupillari substitutione** erwirbt, nichts herauszugeben [11].

Bei dieſer Gelegenheit will ich gleich eine Streitfrage mitnehmen, die ſich auf den beſondern Fall bezieht, da Einer nur **ex parte heres** iſt — in dem folgenden Abſchnitte werde ich nämlich auf den Verkauf der Erbſchaft nicht wieder zurückkommen. Alſo, wenn Einer ſeine **Pars hereditaria** verkauft — muß er dem Käufer auch dasjenige überlaſſen, was ihm **jure accrescendi** zufällt? Es gibt keine ausdrückliche geſetzliche Be-

7) So iſt zu verſtehen **L. 2. §. 5. D. h. t.** Wollte man den Ausſpruch dieſer Stelle, daß der Erbe dem Käufer wegen **Dolus** u. **Lata culpa** verantwortlich ſei, nicht aber wegen anderweitiger Verminderung der Erbſchaft, auf die dem Verkaufe nachfolgende Zeit beziehen, ſo würde er den bekannten Grundſätzen von der Leiſtung der Schuld bei dem Kaufe geradezu widerſprechen.

8) **L. 2. §. 4. D. h. t.**

9) Hieher gehört **L. 3. D. h. t.**, die daher nicht mit der **cit. L. 2. §. 5.** im Widerſpruch ſteht.

10) **L. 2. §. 7. D. h. t.**

11) **L. 2. §. 2. D. h. t.**

ſtimmungen hierüber; daher verſchiedene Meinungen. Die richtige iſt ohne Zweifel dieſe: Vor Allem iſt natürlich darauf zu ſehen, ob etwas Beſonderes deswegen ausgemacht iſt. Außerdem kommt es darauf an, ob zur Zeit des Verkaufs die vacante Erbportion dem Erben bereits zugefallen war, oder nicht. Im erſten Fall iſt ſie für mitverkauft zu halten, im zweiten nicht [12]).

6. Man nimmt gewöhnlich an, daß der Verkäufer ſchuldig ſei, dem Käufer nicht nur die Klagen zu überlaſſen, welche die Verfolgung einzelner in der Erbſchaftsmaſſe enthaltener Rechte zum Gegenſtande haben, ſondern auch die das Succeſſionsrecht ſelbſt betreffende **Hereditatis petitio**. Vgl. §. 947.

7. Der Verkäufer iſt, wie die allgemeine Natur des Kaufes es mit ſich bringt, zur Evictionsleiſtung verpflichtet, jedoch nur in Beziehung auf die Erbſchaft im Ganzen, nicht in Hinſicht der einzelnen in der Maſſe enthaltenen Gegenſtände [13]).

II. Was hat der Käufer dem Verkäufer zu leiſten?

Vor Allem natürlich das Kaufpretium.

Wie aber alle Vortheile der Erbſchaft dem Käufer zugewandt werden, ſo müſſen ihn im Erfolge auch alle mit der Erbſchaft verbundenen Nachtheile treffen. Er muß dieſe Nachtheile dem Verkäufer abnehmen [14]).

Folgeſätze aus dieſem allgemeinen Grundſatze ſind:

1. Hat der Verkäufer die Koſten für die Beerdigung des Verſtorbenen beſtritten; hat er die Creditoren des Verſtorbenen, oder die Legatare und Fideicommiſſare befriedigt; oder hat er ſonſt einen Aufwand gemacht, welchen die Erbſchaft erforderte, ſo kann er dafür Erſatz verlangen. Unter Umſtänden kann er ſelbſt ſich bezahlt machen, indem er dem Käufer ſo viel weniger herausgibt; aber er kann auch mit der **Venditi actio** auf Erſatz klagen [15]).

2. Hat der Verkäufer, der Erbſchaft halber, gegen dritte Perſonen obligatoriſche Verpflichtung übernommen, ſo kann er

12) Eine ausführliche Rechtfertigung dieſer Anſicht findet ſich bei Glück, XVI. S. 346. folg.

13) L. 1. C. d. evictionibus. VIII, 45.

14) L. 2. §. 9. D. h. t.

15) L. 2. §. §. 11. 16. 17. D. h. t. L. 2. C. h. t.

verlangen, von dieſen durch den Käufer befreiet zu werden [16]).

3. Hatte der Verkäufer ſelbſt Forderungen an den Verſtorbenen, welche durch den Erwerb der Erbſchaft, auf dem Wege der Confusio, aufgehoben ſind, ſo muß der Käufer den Betrag jener Forderungen ſich in Abzug bringen laſſen oder erſtatten [17]).

4. Hat der Verkäufer durch Confuſion Servituten, welche ihm zuſtanden, verloren, ſo kann er von dem Käufer Wiederherſtellung derſelben verlangen [18]).

Dies ſind die Nachtheile, welche der Käufer dem Verkäufer abzunehmen ſchuldig iſt. Dagegen — was der Verkäufer irgend Jemanden indebite geleiſtet hat, dafür iſt der Käufer zu keinem Erſatze verbunden [19]).

§. 958.

b. Von dem Verhältniſſe der Contrahenten zu dritten Perſonen.

I. Verhältniß des Verkäufers zu dritten Perſonen.

Der Verkäufer bleibt Erbe, des Verkaufes ungeachtet. Daher iſt er, nach wie vor, berechtigt, die, die Erbſchaft betreffenden, Klagen anzuſtellen; vor allen die **Hereditatis petitio**; dann aber auch ferner alle die ſpeciellen Klagen, welche der Erblaſſer, wenn er noch lebte, anſtellen könnte, vorausgeſetzt nur, daß die zu verfolgenden Rechte ſelbſt nicht ſchon auf den Käufer übertragen ſind. Namentlich kann der Verkäufer die Schuldner des Verſtorbenen belangen. Nur freilich: ſobald dieſe von dem erfolgten Verkaufe Kunde erhalten haben, ſo werden ſie ſich gegen den Verkäufer mittelſt einer **Exceptio** ſchützen können [1]).

Auf der andern Seite kann der Verkäufer nun aber auch von den Gläubigern des Verſtorbenen, und von denjenigen, welchen Vermächtniſſe hinterlaſſen ſind, belangt werden: er kann ſich ihren Anſprüchen nicht entziehen [2]).

16) L. 2. §. ult. D. h. t.
17) L. 2. §. 18. D. h. t.
18) L. 2. §. 19. D. h. t.
19) cit. L. 2. §. 7. D. h. t.

1) Wie ſich ergibt aus L. ult. D. d. transactionib. II, 15. (S. oben §. 380. Note 10.)
2) L. 2. C. h. t. L. 2. C. d. legatis. VI, 37.

II. Verhältniß des Käufers zu dritten Perſonen.

Inwieweit der Käufer verlangen kann, daß der Verkäufer ihm die die Erbſchaft betreffenden Klagen überlaſſe — inſoweit wird er dieſe anſtellen können. Hat ihn der Verkäufer dazu eigens bevollmächtigt, ſo wird er direct klagen können; außerdem wenigſtens utiliter [3]). Wegen der Hereditatis petitio erinnere ich an das theils im vorigen Paragraphen, theils ſchon im §. 947. Geſagte. Alſo, der Käufer kann gegen Dritte klagen.

Nun aber fragt es ſich, kann er auch von Dritten belangt werden?

Daß der Emtor hereditatis, ungeachtet er pro emtore beſitzt, doch möglicher Weiſe mit der Hereditatis petitio in Anſpruch genommen werden kann, das haben wir bereits im §. 948. geſehen.

Dagegen, auf die Klagen der Gläubiger, der Legatare, der Fideicommiſſare braucht er ſich nicht einzulaſſen — ſelbſt dann nicht, wenn er ſich gegen den Verkäufer eigens dazu anheiſchig gemacht hat [4]). Läßt er ſich indeſſen freiwillig ein, ſo hat dies Einfluß auch auf das Verhältniß der Gläubiger zu dem Verkäufer, der dadurch eine Exceptio gewinnt [5]). — Von der aufgeſtellten Regel macht eine Ausnahme der Fall, da Jemand eine Erbſchaft von dem Fiscus gekauft hat. Hier iſt der Käufer gezwungen, ſich auf die Klagen der Gläubiger einzulaſſen [6]).

Die Praxis geſtattet den Gläubigern des Verſtorbenen auch außerdem, den Käufer zu belangen, ſobald der Verkäufer der Erbſchaft inſolvent iſt [7]).

3) L. 16. pr. D. d. pact. II, 14.
4) cit. L. 2. C. h. t.
5) L. 2. C. d. pact. II, 3.
6) L. 1. C. h. t.
7) S. Glück, XVI. S. 378.

III. Von den rechtlichen Folgen des Erwerbes einer Erbſchaft unter der beſondern Vorausſetzung mehrer Erben. (§. §. 959 — 972.)

A. Ueber den Einfluß dieſer Vorausſetzung auf die allgemeinen Wirkungen des Erwerbes. (§. §. 959 — 961.)

§. 959.

A. Auf die Repräſentation des Erblaſſers.

Wo Mehre zugleich zur Erbſchaft gelangen, da repräſentirt jeder Einzelne den Verſtorbenen nur nach Maßgabe des ihm zugefallenen Antheils an der Erbſchaft. Nämlich, was

1. zuerſt die dinglichen Rechte anbelangt des Verſtorbenen, ſo iſt hier die Regel dieſe: Jeder einzelne Erbe ſuccedirt dem Verſtorbenen in dieſe Rechte dergeſtalt, daß ſie ihm zuſtehen in Beziehung auf einen ideellen ſeiner Erbſchaftsquote entſprechenden Theil des Ganzen, inwieweit überhaupt eine ſolche Theilung möglich iſt. Z. B. der Verſtorbene war Eigenthümer eines Grundſtücks. Hier macht der Erwerb der Erbſchaft denjenigen, der zu einem Drittheil Erbe iſt, zum Eigenthümer an einem ideellen Drittheil des Grundſtücks. Dieſe ideelle Theilung iſt etwas, was ſich ganz von ſelbſt macht; ſie iſt die unmittelbare Wirkung des Erwerbes der Erbſchaft. Aber, weil ſie nur eine ideelle iſt, ſo beſteht unter den mehren Erben ſo lange ein Verhältniß der Gemeinſchaft, bis dieſes durch reelle Theilung oder ſonſtige Auseinanderſetzung aufgehoben iſt.

2. Anlangend zweitens die Obligationen, die ſich in der Erbſchaft vorfinden, ſo gehen dieſe, ſie mögen nun in obligatoriſchen Rechten oder in obligatoriſchen Verpflichtungen beſtehen, im Augenblick der erworbenen Erbſchaft ebenfalls auf jeden einzelnen Erben, nach Maßgabe ſeiner Erbſchaftsquote, über, und zwar dergeſtalt, daß in Hinſicht ihrer gar keine Gemeinſchaft übrig bleibt [1]). Setzen wir z. B., der Verſtorbene

1) L. 6. C. fam. hercisc. III, 36. »Ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, quum ipso jure in portiones heredita-

hatte an irgend Jemand eine Forderung von 3000; hier kann derjenige, welcher zu 1/3 Erbe iſt, die ihm zukommenden 1000 von dem Schuldner unmittelbar beitreiben, ohne irgend eine Rückſicht zu nehmen auf dasjenige, was ſeine Miterben zu thun für gut finden: der Debitor kann nicht ſagen: warte, bis die übrigen ſich auch melden, dann will ich euch gemeinſchaftlich Zahlung leiſten — nein, er muß, ohne Rückſicht auf die übrigen Erben, jenem ſich meldenden Erben ex triente ſein Drittheil beſonders auszahlen. Und ferner: Angenommen, der Verſtorbene war 1200 ſchuldig; hier muß der Heres ex triente dem Gläubiger des Verſtorbenen für eine Summe von 400 aufkommen; dieſe kann der Gläubiger von ihm unmittelbar, und ohne Rückſicht auf die Miterben, einfordern, aber mehr auch nicht; der Heres ex triente braucht für den Ausfall, der etwa bei ſeinen Miterben ſich zeigt, durchaus nicht einzuſtehen.

So alſo ſind die Rechte und Verbindlichkeiten des Verſtorbenen unter den mehren Erben getheilt.

Ausnahmsweiſe jedoch gibt es

1. Fälle, in denen ein einzelner Erbe ein Ganzes in Anſpruch nehmen kann; und eben ſo kommen umgekehrt

2. auch Fälle vor, in denen eine partielle Leiſtung von Seiten eines einzelnen Erben entweder nicht thunlich iſt, oder doch nicht genügend.

Beides will ich jetzt noch weiter erörtern:

Zu den Fällen der erſten Art gehört der, da der Erblaſſer eine Forderung hatte, deren Gegenſtand ſeiner Natur nach keine Art von Theilung zuläßt. Z. B. die Conſtitution einer Prädial-Servitut, etwa einer Wegegerechtigkeit. Sobald es jedoch in einem Falle dieſer Art zur Leiſtung des Intereſſe kommt, ſobald alſo in die Stelle des Untheilbaren etwas Theilbares tritt, ſo beſchränkt ſich alsdann der Anſpruch jedes einzelnen Erben wiederum auf eine bloße Quote [2]).

rias ex lege XII. tabularum divisa sint.« Vgl. L. 1. C. si certum petatur. IV, 2. L. 1. C. d. exceptionib. VIII, 36.

2) Vgl. L. 2. §. 2. D. d. V. O. XLV, 1. L. 17. D. d. servitutib. VIII, 1. L. 25. §. 9. D. fam. hercisc. X, 2.

Ein anderer hieher gehöriger Fall iſt der, da dem Verſtorbenen eine Sache verpfändet war, der Debitor aber erſt Einige unter den Erben befriedigt hat. Hier kann der Nichtbefriedigte zu ſeiner Sicherheit das ganze Pfand in Anſpruch nehmen, und hat er es in Händen, ſo braucht er keinen Theil deſſelben herauszugeben [3]).

Ich komme nun zu den Fällen der zweiten Art. Denken wir uns in den vorhin ſchon angeführten Fällen den Verſtorbenen nicht als Gläubiger, ſondern umgekehrt als Schuldner, ſo gehören beide Fälle hieher. Nämlich

Erſtens: War der Verſtorbene zu einer untheilbaren Leiſtung verpflichtet, ſo haftet jeder einzelne Erbe **in solidum.** Der Einzelne, welcher das Ganze leiſtet, mag gegen die Uebrigen mit der Familiae herciscundae actio ſeinen Regreß nehmen [4]). Hat in einem Falle dieſer Art der Verſtorbene ſich zu einer Conventional-Strafe anheiſchig gemacht, ſo kann durch die Schuld eines einzigen Erben die ganze Strafe verwirkt werden; der Gläubiger hat dann eine Klage gegen Alle, auch gegen die Unſchuldigen. Inwieweit jedoch die Strafe ſelbſt etwas Theilbares iſt, inſoweit wird der Gläubiger ſie von jedem Einzelnen nur pro rata fordern können [5]). Es verſteht ſich übrigens von ſelbſt, daß die Unſchuldigen gegen den Schuldigen ihren Regreß nehmen können.

Zweitens: Hat der Verſtorbene ſeinem Gläubiger eine Sache verpfändet, und Einer der mehren Erben bezahlt ſeinen Antheil an der Schuld, ſo iſt das noch keineswegs hinreichend, um ihm das Recht zu geben, den ihm gehörigen Theil des Pfandes zurückzufordern: Erſt muß der Gläubiger vollſtändig befriedigt ſein, ehe er von der verpfändeten Sache irgend etwas herauszugeben braucht [6]).

3) S. L. 11. §. 4. D. d. P. A. XIII, 7. L. 1. C. si unus ex plurib. heredib. creditoris etc. VIII, 32. »Manifesti et indubitati juris est, defuncto creditore multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos ex lege XII tabularum dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri «

4) cit. L. 17. D. d. servitutib. VIII, 1. cit. L. 2. §. 2. D. d. V. O. XLV, 1. L. 25. §. 10. D. fam. hercisc. X, 2.

5) L. 4. §. 1. D. d. V. O. XLV, 1.

6) L. 1. C. d. luitione pignor. VIII, 31.

Drittens: Ein fernerer dem eben bezeichneten ganz ähnlicher Fall iſt dieſer: Es ſchließt Jemand einen Kauf — jedoch, da er nicht auf Credit gekauft, und auch noch nicht wirklich gezahlt hat, ſo iſt ihm die gekaufte Sache noch nicht übergeben. Jetzt ſtirbt er, und hinterläßt zu Erben **A. B. C.** Von dieſen zahlt **A.** den auf ihn fallenden Antheil des Kaufpreiſes, während die Anderen mit ihrer Zahlung noch im Rückſtande ſind. Hier wird **A.** zwar frei von der durch die Erbſchaft auf ihn übergegangenen, aus dem Kaufe entſpringenden, Verpflichtung; aber auf Uebergabe kann er deſſen ungeachtet mit Wirkung nicht klagen. So lange die Anderen nicht auch geleiſtet haben, oder ſo lange er ſich nicht entſchließt, den ganzen Kaufpreis allein zu zahlen, ſo lange ſteht ihm die ſ. g. **Exceptio non adimpleti contractus** entgegen [7]).

Viertens: Setzen wir, der Verſtorbene war zur Leiſtung einer einzelnen, nur der Gattung nach beſtimmten, zwar nicht ſchlechthin, aber doch phyſiſch, untheilbaren Sache verbunden. Hier iſt an und für ſich jeder der mehren Erben nur **pro rata** verpflichtet; jeder hat nur einen ideellen Theil zu leiſten; aber alle dieſe Theile müſſen nun doch ein und daſſelbe phyſiſche Ganze ausmachen — und daher wird Keiner frei, bis Alle geleiſtet haben [8]).

Zum Beſchluß will ich nunmehr noch auf einige aus der Vertheilung der Succeſſion ſich ergebende Folgerungen aufmerkſam machen:

Wir haben geſehen, daß der Erbe für die Schulden des Verſtorbenen, der Regel nach, dergeſtalt einzuſtehen hat, daß er, Falls das Vermögen des Verſtorbenen unzureichend iſt, die Gläubiger aus ſeinem eigenen Vermögen befriedigen muß. Setzen wir nun, daß der Erben mehre ſind, und daß der Verſtorbene inſolvent war, ſo wird auch der erforderliche Zuſchuß von Seiten der Erben ſich unter dieſen **pro rata** vertheilen. So wird z. B. in dem Falle, da der Verſtorbene an **Activis** nur **9000** an **Passivis** aber **12000** hinterließ, der **Heres ex triente**, wel-

7) L. 78. §. 2. D. d. C. E. XVIII, 1.; vergl. L. 13. §. 8. D. d. A. E. V. XIX, 1.

8) L. 2. §. 1. L. 85. §. 4. D. d. V. O. XLV, 1. L. 9. §. 1. D. d. solutionib. XLVI, 3.

cher für 4000 einſtehen muß, und nur 3000 erhält, 1000 zuſchießen müſſen.

Ferner: Wir haben geſehen, daß, wenn der Erbe ſelbſt Schuldner war oder Gläubiger des Verſtorbenen, das zwiſchen ihm und dem Verſtorbenen beſtandene obligatoriſche Verhältniß durch Confuſion aufgehoben wird. Dieſe Confuſion nun hebt bei einem Heres ex asse das vorhandene obligatoriſche Verhältniß, ſeinem ganzen Umfange nach, auf. Iſt aber der Erbe nur Heres ex parte, ſo wird auch die Confuſion nur theilweiſe erfolgen. Z. B. alſo, der Verſtorbene hinterläßt zwei Erben A. zu 1/3, B. zu 2/3. Der Verſtorbene hatte aber an den Erben A. 6000 zu fordern. Von dieſer Schuld wird 1/3, alſo 2000, durch Confuſion getilgt, und A. iſt nur noch 4000 ſchuldig, welche der Miterbe B. an ihn zu fordern hat. Oder umgekehrt: A. hatte ſeiner Seits an den Verſtorbenen 3000 zu fordern. Hier hört 1/3 dieſer Forderung durch Confuſion auf, und A. kann nur noch 2000 fordern, welche ſein Miterbe B. ihm zahlen muß.

Auf die hier bezeichnete Weiſe verhält es ſich der Regel nach. Allerdings aber macht das Beneficium inventarii, daß dieſe Regel nicht überall und in jeder Beziehung zur Anwendung kommt; nach Maßgabe desjenigen, was ich hierüber früher ſchon bemerkt habe. Nämlich: wenn es darauf ankommt, den Betrag der Erbſchaft zu beſtimmen, um beurtheilen zu können, ob die Erbſchaft solvendo iſt oder nicht — ſo kommen dabei auch die obligatoriſchen Verhältniſſe, die zwiſchen dem Verſtorbenen und dem Erben ſelbſt beſtanden, in Anſchlag. Vergl. §. 938. II.

§. 960.

B. Auf die Verpflichtung, den letzten Willen deſſelben zu erfüllen.

Sind der Erben mehre, ſo kann es ſein, daß der Erblaſſer irgend ein Vermächtniß einem Einzelnen unter ihnen, oder auch Einigen ausſchließlich auferlegt hat. Wo das aber nicht geſchehen iſt, da trifft die aus dem Vermächtniſſe hervorgehende Ver-

pflichtung Jeden: jedoch iſt die Verpflichtung der Regel nach getheilt, und zwar dergeſtalt, daß jeder Einzelne nach dem Verhältniß der ihm gebührenden Erbſchaftsquote verpflichtet iſt. Die Verpflichtung zur Leiſtung eines ſolchen Vermächtniſſes vertheilt ſich alſo unter die mehren Erben auf dieſelbe Weiſe, wie die Verpflichtung zur Befriedigung der Gläubiger.

Dies iſt die Regel. Allerdings aber kann der Teſtator, wenn er will, auch eine andere Vertheilung anordnen, oder die Erben ſolidariſch verpflichten. In der Lehre von den Vermächtniſſen werde ich auf dieſen Gegenſtand zurückkommen.

§. 961.

C. Auf die Hereditatis petitio.

† DIG. V, 4. Si pars hereditatis petatur.

Die Hereditatis petitio wird, wenn der Kläger nur ex parte Erbe zu ſein behauptet, von den Neueren **partiaria** hereditatis petitio genannt. Von ihr handelt der oben angeführte Titel der Pandekten. Eine allgemeine Charakteriſtik der Klage gibt Ulpian in der L. 1. §. 1. D. h. t.:

> »Qui hereditatem, vel partem hereditatis petit, jus non ex eo metitur, quod possessor occupavit, sed ex suo jure; et ideo sive ex asse heres sit, totam hereditatem vindicabit, licet tu unam rem possideas, sive ex parte, partem, licet tu totam hereditatem possideas.«

Der Sinn der Stelle iſt dieſer: Derjenige, welcher alleiniger Erbe iſt, klagt jederzeit darauf, daß er als alleiniger Erbe anerkannt, und daher Alles ihm herausgegeben werde, was irgend von der Erbſchaft in den Händen des Beklagten ſich befindet, es ſei viel oder wenig. Eben ſo klagt, wer ex parte Erbe iſt, allezeit darauf, daß er als Heres ex parte anerkannt, und ihm der ihm gebührende Antheil an demjenigen zugeſtanden werde, was der Beklagte aus der Erbſchaft inne hat, es ſei dies die ganze Erbſchaft oder auch nur ein Theil derſelben. Denn, wer ex parte Erbe iſt, dem kommt eine gewiſſe Quote zu an

Digitized by Google

Allem, was irgend Gegenſtand des Nachlaſſes iſt. Sein Antheil beſteht nicht in einzelnen beſtimmten Gegenſtänden, die ihm ausſchließlich zukämen, ſondern, wie ſchon bemerkt, er beſteht in einem gemeinſamen Antheil an Allem, was zur Erbſchaft gehört. Z. B. wer zu 1/3 Erbe iſt, der kann nicht ſagen: Dieſes in der Erbſchaft befindliche Haus, welches ſeinem Werthe nach gerade den dritten Theil der Erbſchaft ausmacht, dieſes iſt es, was aus der Erbſchaft mir zukommt, und zwar mir allein; am Uebrigen beſcheide ich mich, keinen Theil zu haben. Keineswegs, ſondern er kann nur Anſpruch machen auf das Eigenthum an einem ideellen Drittel des Hauſes; wogegen ihm dann aber ein gleiches Drittel auch an allem Uebrigen zukommt.

Was den Gebrauch der Klage betrifft, ſo iſt es nöthig, eine Reihe einzelner Fälle, die bei der **partiaria hereditatis petitio** vorkommen können, noch einer beſonderen und näheren Betrachtung zu unterwerfen. Dabei wollen wir zunächſt von der Vorausſetzung ausgehen, daß der Kläger einen beſtimmten Theil der Erbſchaft in Anſpruch nimmt. Auf den Umſtaud, daß möglicher Weiſe der Kläger ſelbſt ungewiß ſein kann darüber, der wie vielſte Theil der Erbſchaft ihm eigentlich zukomme, ſoll weiterhin noch beſondere Rückſicht genommen werden:

1. Der einfachſte Fall iſt der, wenn der Beklagte im alleinigen Beſitz der Erbſchaft iſt. Denn hier hat der Kläger nur eben an dieſen Einen ſich zu halten, indem er begehrt, für ſeinen Antheil zum Mitbeſitz zugelaſſen zu werden [1]).

2. **A.** und **B.** ſind im Beſitz der Erbſchaft, ohne Erben zu ſein; jeder von ihnen beſitzt den Werth einer Hälfte der Erbſchaft, der eine in dieſen, der andere in jenen Gegenſtänden. Nun aber ſind zwei andere Perſonen vorhanden, **C.** und **D.**, deren jeder zur Hälfte wirklicher Erbe iſt. Hier entſteht die Frage: Wird **C.** z. B. von dem **A.** deſſen ganze Hälfte fordern, und **D.** ſich auf gleiche Weiſe bloß an den **B.** halten können? [2])
Die Antwort iſt dieſe: Da der Antheil des **C.** in einer bloßen ideellen Hälfte beſteht, ſo kann er nicht ſagen: Gerade dasje-

1) **L. 1. §. 1. D. h. t.**

2) Hierauf bezieht ſich **L. 1. §. 2. D. h. t.**

nige, was A. aus der Erbſchaft in Händen hat, macht die mir zukommende Hälfte aus. Sondern er kann von dem, was A. beſitzt nur die Hälfte fordern; was ihm dann noch fehlt, erhält er dadurch, daß er auch den B. auf die Hälfte desjenigen belangt, was dieſer in Händen hat. So alſo hat Jeder der beiden wirklichen Erben gegen beide Beſitzer zu klagen.

3. Setzen wir, A. iſt zu 1/3, B. iſt zu 2/3 zum Erben ernannt. A. iſt auch wirklich in dem Beſitze gewiſſer Gegenſtände, welche ihrem Werthe nach den dritten Theil der Erbſchaft ausmachen. Die übrigen Erbſchaftsſachen aber, im Werthe = 2/3 der Erbſchaft, ſind in den Händen des C., der mit Unrecht, ſtatt des B., Erbe zu ſein behauptet. Hier nun fragt es ſich, gegen wen ſoll B. klagen? Der Strenge nach müßten wir ſo ſagen: Der B. klagt ſowohl gegen A., als gegen C. Er klagt gegen den A., um zum Mitbeſitz desjenigen zugelaſſen zu werden, was A. in Händen hat, und zwar macht er auf den Mitbeſitz zu 2/3 Anſpruch. Aber er klagt nun auch gegen den C., um auch von dem, was dieſer beſitzt, 2/3 zu erhalten. Der Reſt desjenigen, was der C. in Händen hat, gebührt dem A., der deshalb ſeiner Seits ebenfalls klagen muß. So müßte es eigentlich ſein. Allein, um unnütze Weitläufigkeiten zu vermeiden, wird es hier folgender Maßen gehalten: Der B. klagt bloß gegen den C., und zwar auf Alles, was dieſer in Händen hat. Dann iſt der weitere Erfolg der: Gewiſſe Sachen aus der Erbſchaft beſitzt allein der A., die übrigen der B., die Auseinanderſetzung aber bleibt dem **Familiae herciscundae judicium** überlaſſen [3]).

4. Denken wir uns: A. iſt Erbe und zwar in 1/2. Auch findet er ſich im ausſchließlichen Beſitze gewiſſer Erbſchaftsgegenſtände, deren Werth aber nur dem dritten Theile der Erbſchaft gleichkommt. Die übrigen zur Erbſchaft gehörigen Sachen ſind in den Händen von B. und C. Jeder von dieſen iſt ebenfalls im ausſchließlichen Beſitze gewiſſer Gegenſtände, und der Werth deſſen, was Jeder in Händen hat, beträgt gleichfalls ein Drittel der Erbſchaft:

3) Siehe L. 1. §. 3. D. h. t.

Nun wollen wir zuerſt annehmen, B. und C. haben kein Recht auf die Erbſchaft. Hier wird der A. von dem B. fordern können, zum Mitbeſitz desjenigen zugelaſſen zu werden, was dieſer in Händen hat, und zwar zur Hälfte. Dadurch gelangt er zu dem Werthe von 1/6 der Erbſchaft. — Eben ſo wird nun der A. auch von dem C. verlangen können, daß dieſer ihm den Mitbeſitz der von ihm beſeſſenen Gegenſtände, und zwar ebenfalls zur Hälfte geſtatte. Dadurch erhält der A. den Werth eines andern Sechstheils der Erbſchaft. Und ſo erhält er durch die partiaria hereditatis petitio, die er gegen B. und C. anſtellt, zuſammen genommen den Werth von 2/6 der Erbſchaft. Nun aber hat er außerdem in den von ihm ſchon früher ausſchließlich beſeſſenen Gegenſtänden der Erbſchaft den Werth eines Drittels. Rechnen wir zu dieſem Drittel jene 2/6 hinzu, ſo gibt dies zuſammen 2/3. Der A. hat alſo von dem Werthe der Erbſchaft 1/6 mehr, als ihm zukommt, denn er ſoll ja nur die Hälfte haben. Das liegt nun aber nicht etwa darin, daß er von B. und C. mehr erhalten hätte, als er von ihnen zu verlangen befugt war, ſondern es hat ſeinen Grund darin, daß er ſich, unabhängig davon, in dem ausſchließlichen Beſitze gewiſſer Gegenſtände befindet, deren Werth den dritten Theil der Erbſchaft ausmacht. Auch an dieſen Gegenſtänden ſollte er nur den Beſitz einer Hälfte haben; dann hätte er durch ſie, ſtatt eines Drittels nur ein Sechstel der Erbſchaft, und dieſes Sechstel machte mit jenen zwei Sechsteln, welche er ſich durch die Hereditatis petitio verſchafft hat, gerade die Hälfte der Erbſchaft aus. Uebrigens verſteht es ſich nun aber, daß A. diejenige Hälfte der von ihm ausſchließlich beſeſſenen Gegenſtände, die ihm nicht zukommt, an ſeine wirklichen Miterben herausgeben muß — und iſt dieſes geſchehen, ſo hat er nicht mehr zu viel.

Nunmehr wollen wir annehmen: B. und C. ſind Miterben des A. Sie haben Jeder ein Recht auf 1/4 der Erbſchaft. Wenn nun da der A. gegen den B. klagt, und die Hälfte deſſen verlangt, was dieſer in Händen hat, ſo wird B. ihm antworten können: Es iſt wahr, daß du auf dieſe Hälfte Anſpruch machen

kannſt — aber eben ſo kann ich auf den Mitbeſitz desjenigen Anſpruch machen, was du aus der Erbſchaft in Händen haſt; mir gebührt davon 1/4. Alſo, wird B. weiter ſagen können, iſt hier ein doppelter Ausweg möglich. Der erſte iſt dieſer: Du räumſt dieſes Viertel mir ein, und dann laſſe ich dich zu zu dem Beſitze einer Hälfte desjenigen, was ich in Händen habe, — du ſtehſt dich dann im Ganzen um den Werth von 1/12 beſſer, als bisher. Denn die Hälfte von 1/3, alſo 1/6 erhältſt du, und 1/4 von einem Drittel, alſo 1/12, gibſt du heraus — mithin erhältſt du 1/12 mehr als du gibſt. Dies nun iſt der erſte Ausweg. Der zweite iſt dieſer: B. ſagt zu dem A.: Willſt du mir jenes Viertel, welches mir an deinem Dritttheil zukommt, nicht einräumen, ſo muß ich mich dadurch ſicher ſtellen, daß ich von demjenigen, was in meinen Händen iſt, einen um ſo größern Antheil zurückbehalte. Alſo, da ich 1/4 von deinem Drittel zu fordern habe, ſo werde ich von meinem Drittel, außer der Hälfte, die dir überall nicht zukommt, noch 1/4 behalten, und dir ſtatt der Hälfte, die du forderſt, nur 1/4 einräumen. Auf dieſe Weiſe gelangſt du durch mich ebenfalls zu dem Werthe gerade von 1/12 der Erbſchaft. — Ganz eben ſo wird nun auch C. dem A. antworten können, wenn A. gegen ihn klagt. Und ſo wird hier immer das Reſultat dieſes ſein, daß der A. zu dem Werth eines Drittels, den er bereits hatte, den Werth von noch 2/12 hinzu erhält — alſo den Werth von Einem, nicht von zwei Sechsteln. Er wird demnach eben nur den Werth einer Hälfte der Erbſchaft beſitzen [4]).

5. Wir haben ſo eben angenommen, A., welcher Erbe iſt zur Hälfte, beſitzt den Werth eines Drittels, während ſeine Miterben B. und C. ebenfalls Jeder den Werth eines Drittels beſitzen. Nun mögen wir uns aber den Fall auch ſo denken, daß A. gar nichts beſitzt, während B. den Werth einer ganzen Hälfte beſitzt, und eben ſo C. Hier wird A. natürlich gegen jeden von beiden auf eine Hälfte des Beſeſſenen klagen kön-

4) Die hier entwickelten Fälle ſind enthalten in L. 1. §. 4. D. h. t.

nen, ohne daß von irgend einer Abrechnung die Rede ſein kann [5]).

6. Nehmen wir an: Jemand hat ſo viel von der Erbſchaft, als der Werth ſeines Antheils beträgt, wirklich in Händen, während die übrigen Erbſchaftsſachen im ausſchließlichen Beſitze der Miterben ſind. Hier kommt es darauf an, ob dieſe Miterben ihn als Erben anerkennen, und ihm auch einen ſo großen Antheil gerade, als er ſich beilegt, zugeſtehen, oder nicht. Im erſten Falle kann von der **Hereditatis petitio** nicht die Rede ſein, ſondern nur von der **Familiae herciscundae actio**. Dagegen findet im letzteren Falle die **Hereditatis petitio** allerdings Statt; ſie iſt nöthig, um die **Familiae herciscundae actio** vorzubereiten [6]).

7. Denken wir uns, es ſind mehre Miterben vorhanden, welche in Gemeinſchaft und alſo **pro partibus indivisis** die Erbſchaft beſitzen, nur daß ſie über die Größe der ihnen zukommenden ideellen Theile uneinig ſind: da wird derjenige, der auf einen größeren Antheil Anſpruch macht, als die Uebrigen ihm zugeſtehen wollen, mit der **partiaria hereditatis petitio** darauf klagen, daß er zu dieſem größeren Antheil als Mitbeſitzer anerkannt werde.

Ich gehe nun zu der Vorausſetzung über, daß Einer über die Größe der ihm zuſtehenden Quote ungewiß iſt.

Dahin gehört u. A. der Fall, da Einer von mehren Miterben klagt, während die übrigen noch deliberiren, und es alſo ungewiß iſt, ob ſeine Erbportion nicht durch das **Jus accrescendi** vergrößert wird. Hier kann er nun aber doch einſtweilen nur den ihm ſchon jetzt erworbenen Theil der Erbſchaft in Anſpruch nehmen; vergrößert ſich dieſer ſpäterhin, ſo mag er dann das Uebrige nachfordern [7]).

Ein anderer Fall der Ungewißheit iſt der, da die Möglichkeit einer Concurrenz ſolcher Perſonen vorausgeſetzt werden muß, welche noch nicht geboren ſind. Es kann ſein, daß die Größe

5) Nicht gerade dieſes Beiſpiel, aber ein ganz ähnliches findet ſich in **L. 6. pr. D. h. t.**

6) **cit. L. 1. §. 2. D. h. t. verb.** »Et si possessor etc.

7) **L. 2. D. h. t.**

der Erbportion, welche dem Kläger gebührt, davon abhängt, ob die Frau, deren Niederkunft erwartet wird, Ein Kind zur Welt bringt, oder mehre. Und dann nimmt man denn einſtweilen an, daß ſie Drillinge zur Welt bringen könne; danach beſtimmt ſich einſtweilen der Antheil des Klägers 8).

Im Uebrigen treten bei der partiaria hereditatis petitio dieſelben Grundſätze ein, wie bei der auf die ganze Erbſchaft gerichteten Klage. Namentlich findet derſelbe Unterſchied Statt zwiſchen der bonae und der malae fidei possessio. Indeſſen zeigt ſich bei der Anwendung des Grundſatzes, daß der Bonae fidei possessor nur inſofern haftet, als er locupletior iſt, allerdings einige Schwierigkeit. Hierauf bezieht ſich L. 25. §. 15. D. d. H. P. V, 3. Der Fall iſt dieſer: A. befindet ſich in dem Beſitze der ganzen Erbſchaft. Er iſt nur Erbe zur Hälfte, aber er ſteht bona fide in der Meinung, Univerſalerbe zu ſein. Schon hat er die Hälfte der Erbſchaft verzehrt, und zwar ſo, daß er dadurch an Eigenem nichts erſpart hat, daß alſo nicht etwa geſagt werden kann, er ſei deſſen ungeachtet reicher bei dieſer verzehrten Hälfte geworden. Jetzt tritt B. auf, indem er ſich als Miterbe des A. legitimirt — und zwar weiſ't er nach, daß ihm die Hälfte der geſammten Erbſchaft gebühre. Wie ſoll es hier nun gehalten werden? Ulpian entſcheidet dahin: Der Beklagte gibt die Hälfte heraus von der noch übrigen Hälfte.

B. Ueber die davon abhängigen eigenthümlichen Wirkungen. (§. §. 962—972.)

A. Von den obligatoriſchen Verhältniſſen der mehren Erben unter einander. (§. §. 962—970.)

a. Von der Gemeinſchaft der Erbſchaft. (§. §. 962—966.)

§. 962.

α. Von den daraus entſpringenden Rechten und Verbindlichkeiten.

Dadurch, daß Mehre neben einander zur Succeſſion gelan-

8) L. 3. D. h. t. Vgl. L. 28. §. ult. D. d. judiciis. V, 1.

gen, wird unter ihnen ein Zuſtand der Gemeinſchaft, eine Communio incidens, wie die Neueren ſagen, bewirkt. Dieſe Gemeinſchaft aber führt

1. die Verpflichtung mit ſich, daß man ſich auf Verlangen Aufhebung derſelben muß gefallen laſſen, geſetzt auch, daß jenes Verlangen nur ein Einzelner zu erkennen gäbe. Hierüber §. 965.

2. Begründet die Gemeinſchaft die Verpflichtung zu gewiſſen perſönlichen Leiſtungen. Nämlich: Wer allein Vortheile gezogen hat, an welchen ſeinen Miterben ebenfalls Antheil gebührt, muß, was er über ſeinen Antheil gezogen hat, herausgeben. Ferner: Wer bei dem Betriebe gemeinſamer Angelegenheiten, oder bei Behandlung einer gemeinſamen Sache ſeinen Miterben Schaden zufügt, muß dieſen erſetzen. Endlich: Wer auf gemeinſame Angelegenheiten oder Sachen mehr, als auf ſeinen Antheil fällt, verwendet, kann ſeinerſeits von den Miterben Erſatz fordern. Das Nähere §. 966.

β. Von der Familiae herciscundae actio.

† DIG. X, 2. Familiae herciscundae. — † COD. III, 36. Familiae herciscundae. III, 38. Communia utriusque judicii, tam familiae herciscundae, quam communi dividundo.

§. 963.

a. Im Allgemeinen.

Die Klage, vermittelſt deren auf Aufhebung der Gemeinſchaft, auf Auseinanderſetzung geklagt werden kann, iſt die Familiae herciscundae actio, Erbſonderungs-Klage. Aber dieſe Klage umfaßt zugleich jene perſönlichen Leiſtungen, von denen ich vorhin ſagte: es muß bei der Auseinanderſetzung darauf Rückſicht genommen werden. Ja, utiliter kann ſie angeſtellt werden auch da, wo es bloß auf dieſe perſönlichen Leiſtungen ankommt [1]).

1) Argum. L. 6. §. 1. L. 11. et L. 14. §. 1. D. communi divid. X, 3.

Die Klage ſchreibt ſich her ſchon aus den XII Tafeln [2]). Uebrigens gehört ſie zu den Theilungsklagen, wovon das Allgemeine ſchon früher, §. 137. und §. 640., abgehandelt worden iſt.

b. Insbeſondere. (§. §. 964 — 966.)

§. 964.

aa. Ueber die Subjecte der Klage.

I. Kläger.

Anſtellen kann die Klage jeder Miterbe [1]). Es wird aber vorausgeſetzt, daß er als Miterbe anerkannt iſt, und zwar als Miterbe gerade zu einem beſtimmten Antheil. Wo es an dieſem Anerkenntniß fehlt, muß derjenige, welcher ſich der Familiae herciscundae actio bedienen will, zuvor die Hereditatis petitio anſtellen, und durch dieſe die Familiae herciscundae actio vorbereiten. Nur in Einem Falle findet eine Ausnahme Statt; der Fall iſt dieſer: Der Kläger iſt im Beſitz der Erbſchaft, und eben deshalb nicht in der Lage, die Hereditatis petitio anſtellen zu können. Der Beklagte aber entgegnet ihm: er, der Kläger, ſei zur Familiae herciscundae actio um deswillen nicht berechtigt, weil er gar nicht Miterbe ſei. Hier ſoll die Frage über das Erbrecht des Klägers bei Gelegenheit der Familiae herciscundae actio mit entſchieden werden: dieſe Frage wird hier als Incidentpunkt behandelt [2]).

Noch verdient bemerkt zu werden, daß auch der *prätoriſche* Erbe die Klage anſtellen kann, und eben ſo der *fideicommiſſariſche* Erbe [3]). Ja ſelbſt derjenige, welchem die Quarta Divi Pii gebührt, hat wenigſtens ein *utile* familiae herciscundae judicium [4]).

2) L. 1. pr. D. h. t.

1) L. 1 pr. L. 2 pr. D. h. t. »Per familiae herciscundae actionem dividitur hereditas, sive ex testamento, sive ab intestato, sive ex lege XII tabularum, sive ex aliqua lege deferatur hereditas, vel ex senatusconsulto, vel etiam constitutione. Et generaliter eorum duntaxat dividi hereditas potest, quorum peti potest hereditas.«

2) L. 1. §. 1. D. h. t.

3) L. 24. §. 1. L. 40. D. h. t.

4) L. 2. §. 1. D. h. t.

Digitized by Google

II. Beklagter.

In der Perſon des Beklagten wird ebenfalls vorausgeſetzt, daß er Miterbe ſei; es reicht indeſſen auch bei ihm hin, wenn er es nach prätoriſchem Rechte iſt, oder auch nur in der Eigenſchaft eines Fideicommiſſars als Miterbe gelten kann 5).

Der Umſtand, ob einer beſitzt oder nicht, hat auf die Zuläſſigkeit der Klage keinen Einfluß, weder in Bezug auf den Kläger, noch in Bezug auf den Beklagten 6).

Bemerkenswerth iſt noch, daß die Auseinanderſetzung in Betreff mehrer Erbſchaften in einem und demſelben **Judicium** verhandelt werden kann 7).

bb. Ueber den Zweck derſelben. (§. §. 965. 966.)

§. 965.

1. Von der zu bewirkenden Aufhebung der Gemeinſchaft.

I. Gegenſtand.

Gegenſtand der Vertheilung iſt Alles, was zum Nachlaſſe gehört. Ausgenommen ſind:

1. Diejenigen Gegenſtände, welche ſchon **ipso jure** dergeſtalt getheilt ſind, daß es einer weiteren Theilung gar nicht bedarf. Dahin gehören:

a. Die Forderungen des Verſtorbenen. Daher heißt es in der L. 25. §. 1. D. h. t.: Beſteht der ganze Nachlaß bloß in Forderungen, ſo fällt das Familiae herciscundae judicium weg. Indeſſen, obſchon die Forderungen ipso jure getheilt ſind, ſo kann doch der Richter, um die Beitreibung einer Erbſchaftsforderung zu erleichtern, ſich veranlaßt ſehen, ſie, ihrem ganzen Belaufe nach, einem Einzelnen unter den Miterben ausſchließlich zu überweiſen. Zahlt dann der Debitor das Ganze an dieſen Einen, ſo kann er ſich gegen die etwaigen Anſprüche der übrigen Erben mittelſt einer Doli exceptio ſchützen. Zahlt aber der Debitor nicht, ſo kann derjenige, dem die Forderung überwieſen iſt, von ſeinen Miterben verlangen, daß ſie ihn für ihre

5) cit. L. 24. §. 1. D. h. t. §. 2. D. eod.
6) cit. L. 1. §. 1. D. h. t. L. 25.
7) L. 25. §. §. 3. 4. D. h. t.

Antheile zum Procurator in rem suam beſtellen, und dann klagt er gegen den Debitor in dieſer Beziehung procuratorio nomine, in Bezug auf ſeinen eigenen Antheil aber proprio nomine [1]).

b. Die Schulden, die obligatoriſchen Verpflichtungen des Verſtorbenen. Indeſſen kann nun doch auch hinſichtlich der Schulden geſchehen, was ich vorhin von den Forderungen geſagt habe. Es iſt ſtatthaft, daß der Richter eine Schuld insbeſondere einem Einzelnen unter den mehren Erben überweiſe. Bietet dann dieſer Eine dem Gläubiger des Verſtorbenen die Zahlung des Ganzen wirklich an, ſo iſt der Gläubiger ſie anzunehmen verpflichtet. Erfolgt dieſe Zahlung aber nicht, ſo iſt der Gläubiger nicht verpflichtet, die Schuld im Ganzen gegen jenen Einen einzuklagen, ſondern er kann gegen jeden einzelnen Erben pro rata klagen. Indeſſen, wenn die Uebrigen auf die Klage des Gläubigers dieſem ihre Antheile gezahlt haben, ſo können ſie gegen denjenigen, dem die Schuld im Ganzen überwieſen war, ihren Regreß nehmen [2]).

2. Eben ſo kommen nicht zur Vertheilung diejenigen Gegenſtände, welche weder eine Vertheilung zulaſſen, noch auch Einem Miterben allein und ausſchließlich angewieſen werden können. Dahin gehören in gewiſſer Beziehung die dem Verſtorbenen zuſtändig geweſenen Prädial-Servituten. Nämlich: Wird das Praedium dominans Einem ausſchließlich zuerkannt, ſo hat dann auch nur eben dieſer Eine die Servitut. Wird aber das Praedium ſelbſt auf eine reelle Weiſe unter den mehren Miterben getheilt, ſo erhält jeder mit dem ihm überwieſenen Stücke des Praedium dominans zugleich die volle Servitut, da dieſe nicht etwa nur dem Ganzen als ſolchem anklebt, ſondern ihrem ganzen Umfange nach jedem einzelnen Theile deſſelben zukommt. Nur wenn die Servitut von der Art iſt, daß die Eigenthümer der einzelnen Stücke des Praedium dominans in deren Ausübung durch ihre Concurrenz einander hinderlich

1) L. 2. §. 5. L. 3. D. h. t.

2) cit. L. 3. D. h. t. L. 23. C. h. t.

ſein könnten, dann mag für die Ausübung jedem Einzelnen Maß und Zeit vorgeſchrieben werden, um dadurch einer künftigen Colliſion vorzubeugen [3]).

Ferner gehören hieher auch gewiſſe ſich auf den Nachlaß beziehende Urkunden. Nämlich, betreffen dieſe Urkunden einzelne Gegenſtände, welche bei der Erbtheilung dem einen oder andern Erben ausſchließlich zugetheilt werden, ſo wird eben derjenige, welcher ausſchließlich den Gegenſtand erhält, auch einen ausſchließlichen Anſpruch haben auf die denſelben betreffende Urkunde. Hat aber die Urkunde auch nach erfolgter Vertheilung der Erbſchaft eine Beziehung auf das gemeinſame Intereſſe der Erben behalten, ſo kann natürlich keinem ein ausſchließliches Recht daran gegeben werden. Wohl aber müſſen ſolche Urkunden zum Beſten Aller aufbewahrt werden; und da hat nun derjenige den erſten Anſpruch, deſſen Erbantheil der größte iſt. Dieſer behält das Original, während die Uebrigen Abſchriften zu nehmen befugt ſind: Jener aber muß auf Verlangen Sicherheit leiſten, das Original, ſobald es von einem der Miterben gefordert werden möchte, zu exhibiren. Sind die Erben alle zu gleichen Theilen Erben, ſo mögen ſie dann ſelbſt unter ſich ausmachen, wo das Original aufbewahrt werden ſoll — oder, können ſie ſich nicht einigen, ſo mag das Loos entſcheiden, oder die Urkunde wird in einem öffentlichen Depoſitorio niedergelegt [4]).

Handelt es ſich um das Teſtament des Verſtorbenen, ſo gibt unter ſolchen, die zu gleichen Theilen Erben ſind, das Alter einen Vorzug, desgleichen der Stand und das Geſchlecht [5]).

II. Verfahren des Richters.

1. Der Richter muß dafür Sorge tragen, daß nichts, was überhaupt zu vertheilen iſt, unvertheilt bleibe [6]).

3) L. 19. §. 4. D. communi divid. X, 3. In dieſer Stelle iſt unter andern auch von juribus a fundo separatis die Rede. Dies verſtändlich zu machen muß ich bemerken: Da Prädial-Servituten ohne ein Praedium dominans ein Unding ſind, ſo bleibt hier nichts übrig, als unter jenen juribus a fundo separatis ſich entweder perſönliche Servituten zu denken, oder bloß obligatoriſche Rechte. — L. 4. D. d. aqua quotid. etc. XLIII, 20.

4) L. 4. §. 3. L. 5. D. h. t.

5) cit. L. 4. §. 3. D. h. t. L. 6. D. d. fide instrum. XXII, 4.

6) L. 25. §. 20. D. h. t.

2. Er muß darauf Rückſicht nehmen, ob vielleicht der Eine oder der Andere etwas zu conferiren hat [7]).

3. Desgleichen muß er die perſönlichen Leiſtungen berückſichtigen, zu denen die Miterben einander auf den Grund der unter ihnen beſtehenden Gemeinſchaft verpflichtet ſind [8]). Darauf komme ich noch wieder zurück im folgenden Paragraphen.

4. Was die Art und Weiſe der Vertheilung anbetrifft, ſo muß er, inwieweit es möglich iſt und angemeſſen ſcheint, die ideellen Theile, welche den Erben an den einzelnen zur Erbſchaft gehörigen Gegenſtänden zuſtehen, in reelle Theile verwandeln [9]). Solche Gegenſtände aber, welche eine reelle Theilung überall nicht zulaſſen, oder in Hinſicht deren eine reelle Theilung nicht räthlich ſcheint, wird er irgend einem einzelnen Erben ausſchließlich zuerkennen [10]). — Die Entſcheidung der Frage, wem er dieſen oder jenen Gegenſtand vorzugsweiſe übereignen ſoll, kann er von einer unter den Erben zu veranſtaltenden Licitation abhängen laſſen [11]).

5. Wenn er Einem allein einen Gegenſtand zuerkennt, oder ihm einen größeren reellen Theil anweiſ't, als der ihm gebührende ideelle Antheil an den Gegenſtänden austrägt, ſo kann er die daraus hervorgehende Ungleichheit auf mehr als eine Weiſe ausgleichen. Er kann dafür, daß er dem **A.** den einen Gegenſtand ausſchließlich überweiſ't, dem **B.** einen andern von gleichem Werthe ausſchließlich zutheilen. Oder er kann demjenigen, welcher zuviel erhalten hat, die Verpflichtung auflegen, an die Uebrigen eine gewiſſe Summe herauszuzahlen [12]). Oder er kann auch dem Einen die Proprietät zuerkennen, dem Andern den **Ususfructus** [13]).

6. Der Richter kann nicht bloß zu dem oben bezeichneten Zwecke, ſondern auch ſonſt, aus andern Gründen Servituten conſtituiren [14]).

7) L. 1. pr. D. d. dotis collatione. XXXVII, 7.

8) L. 22. §. 4. D. h. t. (S. oben §. 640. Note 1.)

9) Argum. §. 5. I. d. officio jud. IV, 17. L. 22. §. §. 1. 2. D. h. t.

10) §. 4. I. d. officio jud. cit. L. 22. §. 1. D h. t.

11) cit. L. 22. §. 1. i. f. D. h. t.

12) cit. §. 4. I. d. officio jud. §. 20. I. d. actionib. IV, 6.

13) L. 6. §. 1. D. d. usufructu. VII, 1.

14) L. 22. §. 3. D. h. t.

7. Die Miterben ſind einander wegen der jedem Einzelnen zuerkannten Gegenſtände allerdings ſchon an und für ſich zur Evictionsleiſtung verbunden [15]. Der Richter ſoll aber doch deshalb noch beſondere Sicherheit ſtellen laſſen [16].

8. Endlich iſt eine Vorſchrift, welche der Richter überhaupt bei dem ganzen Theilungsverfahren zu beobachten hat, dieſe: Wenn der Erblaſſer etwas über die Vertheilung der Erbſchaft verordnet hat, ſo muß er ſich das zur Richtſchnur dienen laſſen. Daher hat er dann insbeſondere Rückſicht zu nehmen auf die vom Verſtorbenen etwa angeordneten Prälegate [17].

III. Wirkung des richterlichen Ausſpruches.

Von ſelbſt verſteht es ſich, daß der richterliche Ausſpruch hinſichtlich ſolcher Miterben, die zur Verhandlung gar nicht zugezogen worden ſind, ohne alle Wirkung iſt [18]. Hinſichtlich derer, die an der Verhandlung Theil genommen haben, verhält es ſich ſo: Wie in andern Fällen rechtskräftige Erkenntniſſe eine **Obligatio** begründen, die theils mittelſt der **Judicati actio**, theils mittelſt der **Rei judicatae exceptio** geltend gemacht werden kann, ſo iſt es auch hier. Aber eine Eigenthümlichkeit der Theilungsklagen, und ſonach alſo auch der **Familiae herciscundae actio** iſt es, daß hier durch den bloßen Ausſpruch des Richters, durch die bloße Adjudication dingliche Rechte begründet werden können [19]. Vergl. §. 640. Nr. 1.

Geſetzt nun aber, der Richter hat in dem **Judicium familiae herciscundae** ein Erkenntniß abgegeben; dieſes Erkenntniß iſt, der Zeit nach, rechtskräftig geworden — aber es findet ſich, daß der Richter nicht ſo, wie er geſollt, getheilt hat; daß der Eine oder Andere beeinträchtigt iſt: wird deshalb die Theilung angefochten werden können?

Beruht der Fehler auf einem **Error calculi**, ſo kann die Theilung unbedenklich angefochten werden [20]. Eben ſo, wenn

15). L. 14. C. h. t.

16) L. 25. §. 21. D. h. t.

17) L. 21. C. h. t. L. 4. pr. cit. L. 22. §. 1. D. h. t.

18) L. 17. C. h. t.

19) §. 7. I. d. officio jud. IV, 17. L. 44. §. 1. D. h. t.

20) In Gemäßheit der allgemeinen Grundſätze, welche in der L. 1. §. 1. D. quae sententiae sine appellatione rescindantur. XLIX, 8. aufgeſtellt werden.

der Richter ſich durch Beſtechung zu einer ungerechten Theilung hat bewegen laſſen 21). Außerdem aber kann, wie ſehr Einer auch verletzt ſein mag, die Theilung ſelbſt nach einmal eingetretener Rechtskraft nicht weiter angefochten werden 22), außer auf dem Wege der **In integrum restitutio.** Wohl aber mag der Beeinträchtigte gegen den Richter ſeinen Regreß nehmen, oder auch, wenn etwa Einer der Miterben den Richter doloſer Weiſe zu einer ungerechten Theilung inducirt hat, ſich gegen dieſen der aus dem **Dolus** hervorgehenden Rechtsmittel bedienen.

Zum Beſchluß muß ich noch bemerken: Sind bei Vertheilung der Erbſchaft einzelne Gegenſtände aus Verſehen, vielleicht auch abſichtlich, unvertheilt geblieben, ſo kann wegen deren Vertheilung die **Familiae herciscundae actio** nicht noch ein Mal angeſtellt werden, es muß dann mit der **Communi dividundo actio** geklagt werden 23).

§. 966.

2. Von den zu bewirkenden perſönlichen Leiſtungen.

1. Wer über das Maß ſeines Antheils hinaus Vortheile gezogen hat aus der Erbſchaft, muß, was er zu viel bezogen, an die Miterben herausgeben 1).

3. Wer ſeinen Miterben bei dem Betriebe gemeinſamer Angelegenheiten, bei der Behandlung gemeinſamer Sachen durch ſeine Schuld Schaden zugefügt hat, muß dieſen erſetzen, und zwar haftet er ſelbſt wegen **levis culpa** 2); indeſſen braucht er, was die Diligenz betrifft, doch nur **talem diligentiam** zu leiſten, **qualem in suis rebus adhibere solet** 3).

Auf die bisher bezeichneten perſönlichen Leiſtungen nun — ſowohl auf die Mittheilung der Vortheile, als auf den Erſatz des angerichteten Schadens — muß der Richter bei der Theilung der Erbſchaft jederzeit Rückſicht nehmen. Nicht eben ſo verhält

21) Wieder vermöge eines allgemeinen Grundſatzes, welcher in der L. 7. C. quando provocare non est necesse. VII, 64. enthalten iſt.

22) L. 36. D. h. t.

23) L. 20. §. 4. D. h. t.

1) L. 19. D. h. t.

2) L. 16. §. 4. L. 25. §. 18. D. h. t.

3) L. 25. §. 16. D. h. t.

es ſich in Beziehung auf eine dritte Art perſönlicher Leiſtungen. Nämlich:

3. Wer für ſeine Miterben etwas verwandt hat, kann von ihnen Erſatz verlangen. Dieſen Erſatz kann er ſich durch die Negotiorum gestorum actio verſchaffen; aber auch mittelſt der Familiae hereiscundae actio. Dies Letztere jedoch nur unter folgenden Vorausſetzungen:

a. Wenn er den Aufwand in der Eigenſchaft eines Erben gerade gemacht hat, und

b. dieſer Aufwand ſich auf den Vortheil der Erbſchaft im Ganzen bezieht, ſo daß der Erbe ſein eigenes Intereſſe nicht hat wahrnehmen können, ohne zugleich für das Intereſſe ſeiner Miterben zu ſorgen. Z. B.: Einer allein hat eine Schuld des Verſtorbenen abgetragen, um die dafür verpfändete Sache von dem darauf haftenden Pfandrechte zu befreien [4]). Vergl. §. 959.

b. Von der Verbindlichkeit zur Collation. (§. §. 967—970.)

† DIG. XXXVII, 6. De collatione. XXXVII, 7. De dotis collatione. — † COD. VI, 20. De collationibus. — NOV. 18. c. 6.

§. 967.

α. Einleitung.

Unter der Verpflichtung zur *Collation* verſteht man die Verpflichtung eines Erben gegen den andern, Vermögen in die Erbſchaftsmaſſe *einzuwerfen*. Die Darſtellung der darüber geltenden Grundſätze iſt nun aber mit ganz beſonderen Schwierigkeiten verbunden; und zwar vornehmlich um deswillen, weil die Juſtinianiſchen Rechtsbücher darüber Beſtimmungen aus ſehr verſchiedenen Zeiten enthalten, ohne daß irgendwo das daraus für das neueſte Recht hervorgehende Reſultat bezeichnet wäre. Man muß alſo ſelbſt dieſes Reſultat finden; dies aber iſt ſchlechterdings nur auf dem Wege hiſtoriſcher Behandlung möglich.

4) Vergl. L. 18. §. §. 6. 7. L. 25. §. 15. D. h. t. L. 3. C. d. negot. gest. II, 19. L. 18. §. 1. C. h. t.

Nämlich ſchon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten kannte man eine Verpflichtung zur Collation. Mit der Theorie dieſer Verpflichtung müſſen wir uns zunächſt beſchäftigen. Später hat dieſelbe durch Conſtitutionen aus der Zeit der chriſtlichen Imperatoren weſentliche Veränderungen erfahren, jedoch ohne daß dadurch die frühere Theorie alle Anwendbarkeit verloren hätte. Mit dieſen ſpäteren Conſtitutionen wollen wir uns weiterhin bekannt machen. Für's Erſte aber bleiben wir ſtehen bei der älteren Theorie.

I. Aelteres Recht der Collation.

Dieſe beruht auf dem Edicte des Prätors. Der Prätor nämlich führte unter den Deſcendenten eines Verſtorbenen eine zwiefache Collation ein:

A. Nicht-Sui beiderlei Geſchlechts, welche der Prätor den Suis gleichſtellte, ſollten, Falls ſie mit Suis concurrirten, ihr Vermögen in die Erbſchafsmaſſe einwerfen [1]).

B. Deſcendenten weiblichen Geſchlechts, welche ſich bei dem Tode des zu Beerbenden in deſſen väterlicher Gewalt befänden, ſollten ihre Dos conferiren [2]).

Von jeder dieſer beiden Arten der Collation muß ich beſonders ſprechen.

A. Zuerſt alſo von der den Nicht-Suis beiderlei Geſchlechts obliegenden Verpflichtung zur Collation.

Dieſer Gegenſtand gehört allerdings, wenn man ihn rein für ſich auffaßt, in die Lehre von der Bonorum possessio. Zugleich aber ſteht er mit den neueren Grundſätzen über die Collation überhaupt in einem ſolchen Zuſammenhange, daß er hier unmöglich übergangen werden kann. Und was ich hier darüber vortragen werde, das wird uns in dem Kapitel von der Bonorum possessio in der Art zu Statten kommen, daß ich dort darauf nur werde zu verweiſen brauchen.

Der Grund, welcher den Prätor zur Einführung der fraglichen Verpflichtung beſtimmte, war folgender: Der Prätor gab

1) Hierauf bezieht ſich der oben angeführte Titel der Pandekten XXXVII, 6.

2) Hierauf bezieht ſich der oben angeführte Pandektentitel XXXVII, 7.

bekanntlich den emancipirten Kindern, falls ſie präterirt waren, **Bonorum possessio contra tabulas**. Und ferner, in Ermangelung eines Teſtaments, gab er ihnen **Bonorum possessio unde liberi**. — Ich nenne die **Emancipati** gerade, aber was ich von ihnen ſagen werde, das gilt auch von andern Nicht-**Suis**, welche der Prätor den **Suis** gleichſtellte. — Waren nun neben den **Emancipati** keine **Sui** vorhanden, ſo lag in der den **Emancipati** gegebenen **Bonorum possessio** eine Begünſtigung dieſer, ohne daß andere Deſcendenten dadurch wären beeinträchtigt worden. Dagegen, waren außer den **Emancipati** auch **Sui** vorhanden, welche den Verſtorbenen beerbten, ſo konnten dieſe leicht durch die Concurrenz der **Emancipati** beeinträchtigt werden. In den meiſten Fällen war es ſo: Die Concurrenz der **Emancipati** entzog den **Sui** einen Theil desjenigen, was ſie **jure civili** würden erhalten haben. Z. B. es ſtarb Einer **intestatus** mit Hinterlaſſung zweier Söhne, eines **Suus** und eines **Emancipatus**. **Jure civili** hätte der **Suus** allein die väterliche Erbſchaft erhalten; jetzt mußte er, wenn der **Emancipatus Bonorum possessio unde liberi** agnoſcirte, mit dieſem theilen, ihm die Hälfte abgeben. Obſchon nun aber auf dieſe Weiſe der **Suus** verlor, ſo lag darin dennoch keine Unbilligkeit; vielmehr, die Billigkeit ſprach eben dafür, dem **Emancipatus** mit dem **Suus**, ſo viel möglich, gleiche Rechte zu geben. Aber allerdings: wenn der Prätor dem **Emancipatus** dieſelben Vortheile zuwandte, welche das Civilrecht dem **Suus** gewährte, ſo forderte die Billigkeit, daß der **Emancipatus** auch denſelben Nachtheilen unterworfen würde, welchen **jure civili** der **Suus** ausgeſetzt war — ſonſt würde er nicht dem **Suus** gleichgeſtellt, ſondern es würde vielmehr der **Suus** gegen ihn höchſt unbilliger Weiſe zurückgeſetzt worden ſein. Worin beſtanden nun aber die eigenthümlichen Nachtheile, welche die Suität mit ſich führte? Darin, daß der **Suus** als ein Solcher, der in väterlicher Gewalt ſtand, nach den Grundſätzen des älteren Rechts, der Regel nach, Alles, was er erwarb, nicht für ſich erwarb, ſondern für den Vater. Was der **Suus** erworben hatte, machte, bei des Vaters Tode, einen Theil aus der väterlichen Erbſchaft. Dagegen,

was der Emancipatus ſeit der Emancipation erworben hatte, das hatte er ſich ſelbſt erworben, das war keineswegs ein Theil der väterlichen Erbſchaft. Ohne die dem Emancipatus auferlegte Verpflichtung zur Collation würde alſo der Erfolg der geweſen ſein: Der Emancipatus hätte durch die Beerbung des gemeinſchaftlichen Vaters an demjenigen, was der Suus erworben, Theil genommen, während der Suus an dem durch den Emancipatus erworbenen Vermögen keinen Antheil gehabt hätte. Und doch würde dieſes eigene Vermögen des Emancipatus ohne die Emancipation nicht ſein eigenes geweſen, es würde eben auch dem Vater erworben ſein, und einen Theil der väterlichen Erbſchaft ausgemacht haben. Daher ſagte nun der Prätor: Der Emancipatus ſoll in der Beerbung des Parens mit dem Suus concurriren, und dadurch Theil haben an dem durch den Suus Erworbenen; allein eben ſo ſoll auch der Suus Antheil haben an demjenigen, was der Emancipatus erworben hat; dieſer alſo ſoll ſein Vermögen in die Maſſe einwerfen [3].

Nach dieſer Erörterung über den Grund dieſer Collationsverbindlichkeit kommt es jetzt darauf an, eine Ueberſicht über die wichtigſten näheren Beſtimmungen dieſes Inſtituts zu geben:

1. Die Collationsverbindlichkeit tritt für die Emancipati nur da ein, wo ſie *gegen*, oder *ohne* den Willen des Parens Bonorum possessio erhalten, alſo nur bei der Bonorum possessio contra tabulas und bei der Bonorum possessio unde liberi [4]. Wenn der Emancipatus ex testamento ſuccedirt, ſo fällt die Verpflichtung zur Collation hinweg [5].

2. Was die *Perſonen* betrifft, *welchen* conferirt werden muß, ſo iſt darüber Folgendes zu bemerken: Die Emancipati conferiren nicht allen und jeden Deſcendenten, mit welchen ſie concurriren; — ſondern *nur den Suis*, nicht anderen gleichfalls emancipirten Kindern [6]. Und auch den Suis conferiren ſie nur unter der Vorausſetzung, daß ſie ihnen durch ihre Concurrenz etwas *entziehen* [7], was keineswegs immer der Fall iſt.

3) L. 1. pr. D. h. t.
4) cit. L. 1. pr. D. h. t. L. 9. C. h. t.
5) L. 1. C. eod.
6) L. 1. §. 24. L. 3. §. §. 2. 3. D. h. t. cit. L. 9. C. h. t.
7) L. 1. §. 5. D. h. t.

Denn es iſt ſogar möglich, daß der Suus durch die Coexiſtenz des Emancipatus gewinnt, und dann fällt die Collation weg. Ein Beiſpiel dieſer Art enthält L. 1. §. 4. D. h. t.: Jemand hat zwei Söhne, einen Suus und einen Emancipatus. Den Suus inſtituirt er in 1/3; in den übrigen 2/3 ernennt er einen Extraneus zum Erben; den Emancipatus präterirt er. Wäre nun hier der Emancipatus nicht vorhanden, ſo müßte der Suus mit 1/3 der Erbſchaft zufrieden ſein; die Coexiſtenz des präterirten Emancipatus aber macht, daß beide, der Suus, wie der Emancipatus, Bonorum possessio contra tabulas agnoſciren können, und davon iſt der Erfolg, daß die ganze Erbſchaft unter den beiden Söhnen gleich getheilt wird; der Suus erhält nun alſo eine Hälfte ſtatt eines Drittels — und deshalb braucht in dieſem Falle der Emancipatus nicht zu conferiren.

Außerdem iſt nun aber auch dies zu berückſichtigen: der Emancipatus kann mit mehren Sui concurriren, und es kann ſein, daß er durch ſeine Concurrenz nur dem Einen oder dem Andern etwas entzieht, den Uebrigen nicht: Dann wird er nur eben jenen, nicht dieſen zu conferiren haben. Z. B. es ſtirbt Jemand intestatus mit Hinterlaſſung eines Sohnes, den er in ſeiner Gewalt hat, und eines Enkels von einem andern Sohne, den er emancipirt hat, während er den Enkel durch ihn in ſeiner Gewalt behielt. Jure civili wird hier nach dem Rechte der Zeit, die wir hier allein im Auge haben, der suus filius die eine Hälfte, der suus nepos die andere Hälfte der Erbſchaft erhalten. Dagegen Jure praetorio concurrirt der emancipirte Sohn, und zwar in der Art: dem Filius suus entzieht er nichts; wohl aber entzieht er dem Nepos suus die Hälfte ſeines Antheils: Deshalb conferirt er denn auch nur dieſem ſeinem eigenen Sohne, nicht aber ſeinem Bruder [8]).

Endlich: Nach dem Edicte ſelbſt conferirt der Emancipatus nur denjenigen Sui, welche ihrer Seits gleichfalls Bonorum possessio agnoſciren, nicht denjenigen, welche Jure civili Erben

8) L. 1. §. 13. D. d. conjungendis cum emancipato liberis ejus. XXXVII, 8. L. 1. §. 18. D. eod. L. 3. §. 6. D. h. t.

Digitized by Google

des Parens werden [9]). Indeſſen ſchon Cervidius Scävola war der Meinung, es ſei genug, daß der Suus Bonorum possessio agnoſciren könne — und ſo müſſe der Emancipatus conferiren, auch wenn der Suus von ſeinem Rechte auf Bonorum possessio keinen Gebrauch mache, ſondern Jure civili Erbe werde [10]).

So viel über die Perſonen, welchen der Emancipatus conferirt, d. h. über diejenigen, welche Collation fordern können.

3. Was anbelangt den Gegenſtand der Collation, ſo iſt die Regel dieſe: der Emancipatus conferirt ſein geſammtes Vermögen, nach dem Beſtande deſſelben bei dem Tode des Parens; jedoch nur das reine Vermögen, alſo dasjenige, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt [11]).

Aus dieſer Regel ergibt ſich: Was der Emancipatus nicht ſchon bei dem Leben des Parens erworben hat, das iſt kein Gegenſtand der Collation [12]). Deshalb ſind Vermächtniſſe, welche etwa der zu Beerbende ſelbſt dem Emancipatus ausgeſetzt hat, der Collation nicht unterworfen.

Außerdem ſind noch folgende Modificationen unſerer Regel zu merken:

a. Einiges von dem, was ſich bei dem Tode des zu Beerbenden in des Emancipatus Vermögen befindet, iſt von der Collation ausgeſchloſſen; es braucht alſo nicht conferirt zu werden. Dahin gehört namentlich alles dasjenige, was ein Peculium castrense oder quasi castrense des Emancipatus ausmachen würde, wenn er in potestate geblieben wäre: denn bei Bonis castrensibus oder quasi castrensibus iſt, hinſichtlich der Erwerbsfähigkeit, zwiſchen dem Emancipatus und dem Suus kein Unterſchied; dergleichen erwirbt auch der Suus für ſich, nicht für den Vater [13]). — Ferner iſt ausgenommen die Dos, welche dem Emancipatus deſſen Ehefrau zugebracht hat [14]). — Desgleichen dasjenige, quod dignitatis nomine a patre datum

9) L. 1. §. 1. L. 10. D. h. t.
10) cit. L. 10. D. h. t.
11) L. 6. C. h. t.
12) L. 15. C. h. t.
13) L. 1. §. 15. D. h. t.
14) L. 1. §. 20. D. h. t.

est, vel debetur [15]). — Eben ſo, was der Emancipatus durch eine Actio vindictam spirans erhält [16]).

b. Auch das bei dem Tode des zu Beerbenden Vorhandene, von der Collation an und für ſich nicht Ausgeſchloſſene, braucht doch nicht conferirt zu werden, ſobald es noch nachher, ohne des Emancipatus Schuld, verloren gegangen iſt [17]). Dagegen muß umgekehrt ſelbſt das ſchon vor des Parens Tode aus dem Vermögen des Emancipatus Ausgeſchiedene conferirt werden, ſobald ein Dolus von Seiten des Emancipatus im Spiele iſt. Es wird dann das nicht mehr Vorhandene als vorhanden behandelt [18]).

Es fragt ſich nunmehr

4. In welchem Verhältniſſe wird dasjenige, was conferirt werden muß, zwiſchen dem Emancipatus und denjenigen, welche die Collation verlangen können, getheilt. Dieſe Frage pflegt in unſern Quellen ſo ausgedrückt zu werden: Wie viel conferirt der Emancipatus den concurrirenden Suis, und wie viel conferirt er ſich ſelbſt, d. h. wie viel gibt er von ſeinem Vermögen an die Sui ab, und wie viel behält er für ſich?

Das Princip für die Beantwortung dieſer Frage iſt folgendes: Der Emancipatus gibt an die Sui ab nach Verhältniß desjenigen, was er ihnen von der väterlichen Erbſchaft entzieht.

Dieſem Princip entſpricht denn auch vollkommen die Berechnung, die in Betreff eines Falles, da nur Ein Emancipatus vorhanden iſt, angelegt wird in der L. 1. §. 24. D. h. t. Nämlich: Iſt nur Ein Emancipatus vorhanden, ſo conferirt er, der Regel nach, jedem Suus, mit welchem er concurrirt, und dem er zur Collation verpflichtet iſt, einen Kopftheil ſeines Vermögens, während er ſelbſt einen Kopftheil behält; er ſelbſt nämlich wird bei Beſtimmung der Kopftheile mitgezählt. Angenommen alſo, es iſt neben dem Emancipatus Ein suus filius vorhanden, ſo wird der Emancipatus an dieſen die Hälfte ſeines Vermögens abgeben. Concurrirt dagegen der Emancipatus mit

15) L. 1. §. 16. D. h. t.
16) L. 2. §. 4. D. h. t.
17) L. 2. §. 2. D. h. t.
18) L. 1. §. 23. D. h. t.

zwei sui filii, ſo wird er jedem von dieſen 1/3 ſeines Vermögens conferiren.

Gegen dieſe Vertheilung iſt in der That nichts einzuwenden. Aber ganz wunderlich, und dem Geiſte des Edicts entgegen, und auf einem offenbaren Rechnungsirrthume beruhend, iſt die Art der Vertheilung, welche die Römiſchen Juriſten da eintreten laſſen, wo der Emancipati **mehre** ſind. Hier nämlich wird der Kopftheil, den jeder einzelne Emancipatus zu conferiren hat, ganz eben ſo berechnet, wie wenn von Emancipati nur **er allein** vorhanden wäre. Alſo iſt **Ein** Suus da und **zwei** Emancipati, ſo conferirt jenem Suus **jeder** der beiden Emancipati die **Hälfte** ſeines Vermögens; und ſind neben den **beiden** Emancipati **zwei** Sui vorhanden, ſo conferirt **jeder** Emancipatus **jedem** Suus den **dritten** Theil ſeines Vermögens [19]. — Als Grund für dieſe Vertheilung wird angegeben: Nur ſo könne der Zweck erreicht werden, daß die Emancipati bloß den Sui, nicht aber auch unter ſich conferirten. Dieſer Grund iſt indeſſen offenbar falſch, wie bei näherem Nachdenken Jedem von ſelbſt einleuchten muß [20].

Uebrigens bemerke ich nur noch, daß da, wo mehre entferntere Deſcendenten zuſammen Einen **Stammtheil** erhalten, dieſe mehren auf Einen Stammtheil gewieſenen durchweg und in jeder Beziehung für **Einen Kopf** gerechnet werden [21].

5. Wer nicht **ſofort** conferiren **kann**, muß der Collation halber **Sicherheit leiſten** [22]. Wer aber weder conferirt, noch auch Sicherheit leiſtet — dem werden die Actiones hereditariae verweigert: Hierin liegt der Zwang zur Collation [23].

Nach dieſer Darſtellung der den Emancipati von dem Prätor auferlegten Verpflichtung zur Collation wende ich mich nunmehr

B. zu der auf die **Dos** beſchränkten Collationspflicht **weiblicher Deſcendenten.**

19) Siehe cit. L. 1. §. 24. D. h. t. (**Ulpianus.**) L. 2. §. 5. D. eod. (**Paulus.**) cit. L. 3. §. 2. D. eod. (**Julianus.**)

20) Vgl. deswegen **Foerster**, De bonorum possessione liberorum praeteritorum contra tabulas parentum. (Vratislaviae 1823.) §. 117.

21) L. 7. D. h. t.

22) L. 1. §. §. 9. 11. D. h. t.

23) L. 11. C. h. t.

Emancipirte Perſonen weiblichen Geſchlechts müſſen ihr ganzes Vermögen conferiren, und eben deshalb auch ihre **Dos**[24]). Davon iſt hier nicht die Rede; das gehört unter die Kategorie jener vorhin abgehandelten Collation. Sondern davon iſt die Rede, daß die in der Gewalt des Verſtorbenen befindlichen Töchter, Enkelinnen u. ſ. w., vermöge beſonderer, ſie gerade betreffenden Beſtimmungen des Edicts, ihre **Dos** zu conferiren verbunden ſind [25]).

Der Grund dieſer Anordnung liegt in Folgendem: Die **Rei uxoriae actio** auf Rückgabe der **Dos**, welche eine **Femina sui juris** ſich ſelbſt erwarb — dieſe erwarb eine **Femina in potestate** zwar nicht ſich ſelbſt, ſondern dem Parens, in deſſen Gewalt ſie ſich befand; aber nur mit ihrer Zuſtimmung durfte der Parens die **Dos** zurückfordern, oder die freiwillig angebotene Rückzahlung derſelben annehmen. Und war bei des Parens Tode die Rückzahlung der **Dos** gültiger Weiſe noch nicht erfolgt — ſo hatte nun die Frau, und zwar ſie allein, das Recht der Rückforderung. Vergl. §. 691. I. B. Dieſes machte alſo keinen Beſtandtheil aus der von dem Parens nachgelaſſenen Erbſchaft; und ſo war es denn auch, wenn die Frau neben andern Perſonen den Parens beerbte, kein Gegenſtand der Theilung unter den Miterben.

So verhielt es ſich **Jure civili**. Hierin lag nun aber eine Ungleichheit zwiſchen einer dotirten **Sua** und anderen Kindern — eine Ungleichheit, welche dem Prätor unbillig ſchien. Deshalb ward in dem Edicte feſtgeſetzt: Eine in der väterlichen Gewalt des Erblaſſers befindliche Tochter, Enkelin u. ſ. w. ſoll, wenn ſie dotirt iſt, und mit anderen Kindern den Parens beerbt, ihre **Dos** conferiren.

Ich will nunmehr die näheren Beſtimmungen folgen laſſen:

1. Eine **Femina in potestate** conferirt nur, wenn ſie dem Parens **contra tabulas**, oder **ab intestato** ſuccedirt [26]). Sie conferirt nicht, wenn ſie **ex testamento** Erbin wird [27]). Fer-

24) L. 1. §. 2. D. d. dot. collat. XXXVII, 7. L. 12. C. h. t.
25) cit. L. 1. §. 2. D. eod.
26) L. 4. C. h. t.
27) L. 7. C. eod.

ner: Nach dem Edicte conferirt ſie nur dann, wenn ſie **Bonorum possessio** agnoſcirt, nicht wenn ſie **Jure civili** Erbin wird. Nach einem Reſcripte des D. Pius aber auch in dem Falle, da ſie **Jure civili** den Parens beerbt [28]).

2. Collation der **Dos** zu fordern, ſind nicht bloß die miterbenden **Sui** berechtigt; auch **Emancipati** können Collation verlangen [29]); jedoch die einen wie die anderen nur inſofern, als ihnen durch die Concurrenz ihrer dotirten Miterbin etwas entzogen wird. Denken wir uns z. B.: Es hinterläßt Jemand einen Sohn, und außerdem noch einen Enkel und eine Enkelin, welche beide Kinder ſind eines anderen bereits verſtorbenen Sohnes. Hier wird die Enkelin ihre **Dos** bloß ihrem Bruder, nicht ihrem Oheim conferiren. Denn dieſem, dem Oheim, entzieht ſie nichts; er würde, auch wenn ſie nicht vorhanden wäre, doch nur eine Hälfte der Erbſchaft erhalten. Ihrem Bruder aber entzieht ſie allerdings etwas; denn dieſer muß die andere Hälfte der Erbſchaft, die er, ohne ihre Concurrenz, allein bekommen hätte, mit ihr theilen [30]).

3. In Beziehung auf die Frage, was conferirt werde, iſt zu bemerken, daß nicht etwa nur die **profectitia dos** der Collation unterliegt, ſondern auch die **adventitia**; jedoch mit dem Unterſchiede: die **adventitia** wird nur den **Sui**, die **profectitia** aber ſowohl den **Emancipati** als den **Sui** conferirt [31]).

4. Was die Vertheilung der zu conferirenden **Dos** anbelangt, ſo ſagt Ulpian in der ſchon angeführten **L. 1. §. 24. D. de collatione bonorum XXXVII, 6.**, es werde damit eben ſo gehalten, wie mit der Vertheilung desjenigen, was die Emancipirten zu conferiren haben; namentlich erhalte die conferirende **Sua** ſelbſt einen Kopftheil der **Dos**. — Aus dieſer Gleichſtellung folgt, daß, wenn die **Dos** eine **adventitia** iſt, und die dotirte **Sua** theils mit **Sui**, theils mit **Emancipati** concurrirt, eben jene wunderliche Rechnung Statt findet, deren ich bei der Collation der Emancipirten gedacht habe. Denken wir uns eine

28) L. 1. pr. D. d. dot. collat.

29) L. 3. cit. L. 4. cit. L. 12. C. h. t.

30) Vergl. L. 1. §. §. 2—4. D. d. dot. collat. L. 3. D. eod.

31) cit. L. 4. C. h. t.

sua filia, welche mit zwei Brüdern concurrirt, einem **suus** und einem **emancipatus**. Iſt hier die **Dos** eine **adventitia**, iſt ſie alſo bloß dem **Suus** zu conferiren, ſo wird bei Beſtimmung der Kopftheile nur dieſer in Anſchlag kommen; die **Filia sua** wird ihm alſo nicht ein Dritttheil, ſondern eine Hälfte der **Dos** abgeben müſſen.

5. Auch in Beziehung auf die **Dotis collatio** kann Sicherheitsleiſtung vorkommen [32]). Und auch hier findet jener früher erwähnte Zwang durch Verweigerung der **Actiones hereditariae** Statt, deſſen ich früher in Beziehung auf die Collationspflicht der Emancipirten erwähnt habe [33]).

II. Abänderungen des älteren Rechts durch Conſtitutionen der chriſtlichen Imperatoren.

Ich wende mich jetzt zur Darſtellung der Veränderungen, welche die Theorie der Collation durch Conſtitutionen aus ſpäterer Zeit erfahren hat, was denn wieder in folgender Ordnung geſchehen ſoll:

A. Zuerſt will ich die Veränderungen angeben, welche die Verbindlichkeit der Emancipirten, ihr geſammtes Vermögen zu conferiren, erfahren hat.

B. Sodann will ich zweitens diejenigen Veränderungen bezeichnen, welche ſich auf die Verbindlichkeit zur Collation der **Dos**, oder anderweitiger einzelner Gegenſtände beziehen.

A. Der Grund, weshalb die Emancipirten ihr geſammtes Vermögen conferiren mußten, lag, wie wir geſehen haben, darin, daß das ältere Recht von dem Princip ausging: Kinder in väterlicher Gewalt können für ſich ſelbſt nichts erwerben; ſie erwerben Alles demjenigen, in deſſen väterlicher Gewalt ſie ſich befinden.

Dieſes Princip erlitt nun aber durch Conſtitutionen aus der Periode der chriſtlichen Imperatoren eine weſentliche Veränderung. Es kam allmälig dahin, daß in der Regel auch Kinder

32) **L. 1. §. 7. D. d. dot. collat.** 33) **cit. L. 12. C. h. t.**

unter väterlicher Gewalt dasjenige, was ſie erwerben, für ſich ſelbſt erwarben; nur, was ex re patris ihnen zu Theil wurde, das gehörte nicht zu ihrem eigenen Vermögen. Vergl. §. 727.

So blieb alſo in Beziehung auf die Erwerbfähigkeit zwiſchen Kindern in väterlicher Gewalt und emancipirten Kindern nur noch ein geringer Unterſchied.

Hieraus erklärt ſich der Schluß der L. 17. C. h. t., einer Conſtitution des Kaiſers Leo v. J. 467. n. Chr. Hier iſt von der den Emancipirten obliegenden Verpflichtung zur Collation die Rede. Als Gegenſtand der Collation wird aber nur dasjenige bezeichnet, was der Emancipirte von dem Emancipator bei der Emancipation ſelbſt, oder ſpäterhin erhalten habe. Nämlich das iſt ein Erwerb ex re patris; dieſes Erwerbes iſt der Filius in potestate nicht fähig, wohl aber der Emancipatus. Allerdings war zur Zeit des Kaiſers Leo die Erwerbfähigkeit der Kinder unter väterlicher Gewalt noch nicht ſo ausgedehnt, daß der Unterſchied zwiſchen ihrer Erwerbfähigkeit und der der Emancipati nur hierin beſtanden hätte; und es kann daher wohl ſein, daß hier die Juſtinianiſchen Juriſten die Hände im Spiel gehabt haben, daß ſie die Beſchränkung der Collationspflicht auf das vom Emancipator Herrührende in die Leoniniſche Conſtitution hineingetragen haben. Immer aber bleibt die Stelle, auch wenn ſie interpolirt iſt, wichtig für das Juſtinianiſche Recht.

Eine andere, von Juſtinian ſelbſt herrührende, Conſtitution, welche ſich auf den hier in Rede ſtehenden Gegenſtand bezieht, iſt die L. ult. C. h. t. v. J. 532. n. Chr. Nach dieſer Conſtitution ſollen Emancipati dasjenige, was ihr Peculium adventitium ausgemacht hätte, wenn ſie unter väterlicher Gewalt geblieben wären, eben ſo wenig conferiren, als ſie, ſchon nach den Grundſätzen des früheren Rechts, ihr Castrense oder Quasi castrense peculium zu conferiren brauchten. Das Peculium adventitium umfaßt nun aber allen und jeden, außer den Grenzen des Peculium castrense oder quasi castrense liegenden, Erwerb, welcher ſich nicht ex re patris herſchreibt. Es iſt alſo ſo gut, als ob Juſtinian geſagt hätte: Emancipati brauchen nur das ex re patris herrührende Vermögen zu confe-

riren; nicht aber das auf andere Weiſe Erworbene. Uebrigens darf ich nicht unbemerkt laſſen, daß in der Conſtitution nur der allgemeine Ausdruck Liberi gebraucht iſt, nicht der Ausdruck emancipati liberi; allein der Inhalt lehrt zur Genüge, daß die Conſtitution nur auf dieſe letztere gehen kann; und es iſt dies auch allgemein anerkannt.

So nun ſtand es um die Collationspflicht der **Emancipati** bis auf die Zeit der Juſtinianiſchen Novellen. Durch dieſe ward der Unterſchied aufgehoben, welcher früherhin zwiſchen den Succeſſionsrechten der **Sui**, und denen der **Emancipati** beſtanden hatte. Die **Emancipati** bedürfen nicht mehr der **Bonorum possessio**, weder gegen den Inhalt eines vorhandenen Teſtaments, noch auch ohne Teſtament. Die beſondere Collationspflicht der **Emancipati** war aber an die Vorausſetzung gebunden, daß ſie mittelſt der **Bonorum possessio** zur Erbſchaft gelangten, und muß daher jetzt mit dieſer Vorausſetzung wegfallen. Ueberdies ſagt Juſtinian in der **Nov. 118. c. 1.** ausdrücklich, daß bei der Inteſtaterbfolge zwiſchen Kindern unter väterlicher Gewalt und Kindern, welche **sui juris** ſind, durchaus kein Unterſchied ſein ſoll. Ein ſolcher aber würde fortbeſtehen, wenn die beſondere Collationspflicht der Emancipirten als fortdauernd angeſehen werden ſollte. Wir müſſen ſie alſo als gänzlich aufgehoben betrachten. Dieſe Anſicht iſt zwar nicht unbeſtritten, aber ſie iſt unter den neueren Juriſten die herrſchende, und findet ſich ſelbſt bei ſolchen Rechtsgelehrten, welche die **Bonorum possessio contra tabulas** für **Emancipati** auch ſeit der **Nov. 115.** noch für unentbehrlich halten [34]). Es iſt die Anſicht, welche **in praxi** recipirt iſt. Damit ſoll jedoch keineswegs geſagt ſein, daß von den Stellen des **Corpus juris**, welche die Collationspflicht der Emancipirten betreffen, heutiges Tages überall kein Gebrauch weiter zu machen ſei. Viele derſelben geſtatten fortwährend wenigſtens eine analoge Anwendung. Nur freilich: Alles, was mit den neueren Principien über die Collation im Widerſtreite ſteht, das iſt unbrauchbar geworden.

34) S. Hofacker, **Principia j. c. §. 1654.** vergl. mit **§. 1284.**

B. Ich komme nunmehr auf die Verbindlichkeit zur Collation der **Dos**, oder anderweitiger einzelner Gegenſtände.

Hier iſt nun gleich zuerſt von großer Wichtigkeit jene in anderer Beziehung ſchon früher angeführte Conſtitution des Kaiſers Leo, ich meine **L. 17. C. h. t.**:

Die beſondere Verpflichtung zur Collation der **Dos** war, wie wir geſehen haben, nach den Grundſätzen des früheren Rechts, beſchränkt auf **Feminae suae**. Leo aber dehnte ſie aus auf alle Kinder weiblichen Geſchlechts, ſie möchten der Gewalt des Verſtorbenen unterworfen, oder unabhängig davon ſein. Und zwar in der Art: Perſonen weiblichen Geſchlechts ſollen, bei der Beerbung eines Aſcendenten, die von dem zu Beerbenden herrührende **Dos** den mit und neben ihnen ſuccedirenden Deſcendenten conferiren, nicht etwa nur, wenn der zu Beerbende ein Mann iſt, ſondern auch bei Beerbung der Mutter, der Großmutter u. ſ. w.

Und ferner verordnete Leo in eben dieſer Conſtitution: Ganz in gleicher Art ſollen Perſonen männlichen Geſchlechts die von dem Verſtorbenen für ſie gegebene **Donatio ante nuptias** conferiren, oder, um mich des Juſtinianiſchen Sprachgebrauchs zu bedienen, die von dem Verſtorbenen gegebene **Donatio propter nuptias**.

Noch weiter ging in der **L. 19.** und in der **L. 20. C. h. t.** v. J. 528. u. 529. n. Chr. Juſtinian, indem er noch mehre Gegenſtände bezeichnete, zu deren Collation Deſcendenten einander gegenſeitig verpflichtet ſein ſollten, ſobald dieſe Gegenſtände von dem zu Beerbenden herrührten; wieder ohne Unterſchied, ob die Deſcendenten der Gewalt des Verſtorbenen unterworfen wären, oder nicht. Vergl. §. 969.

Endlich: Bis auf Juſtinian war die Verpflichtung zur Collation an die Vorausſetzung der Inteſtaterbfolge, oder einer **Successio contra tabulas** gebunden geweſen. Juſtinian aber dehnte ſie aus auch auf die teſtamentariſche Erbfolge; anfangs nur unter ganz beſondern Bedingungen und in beſchränkter Maße [35]). Dann aber verordnete er ganz allgemein: Es ſolle

35) L. ult. C. communia utriusque judicii, tam familiae her-

in Hinſicht der Collation bei der teſtamentariſchen Erbfolge eben ſo gehalten werden, wie bei der Inteſtaterbfolge [36]).

Was Juſtinian in der dieſe Anordnung enthaltenden Novelle über den Grund ſagt, der ihn zu dieſer Erweiterung der Collationsverbindlichkeit beſtimme [37]), das iſt ſo zu verſtehen:

Haben die Kinder von dem Teſtator ſchon bei deſſen Leben etwas empfangen, und der Teſtator hat ſich darüber, wie es mit dieſem Gegenſtande gehalten werden ſoll, nicht geäußert — ſo bleibt es ungewiß, ob des Teſtators Abſicht geweſen ſei, daß die Kinder dieſe Gegenſtände zum Voraus haben ſollen. Deshalb müſſen ſie conferirt werden.

Das Reſultat nun aus allem Bisherigen iſt, einer richtigen Anſicht zu Folge, dieſes:

Deſcendenten, welche einen gemeinſamen Aſcendenten beerben, es geſchehe auf welche Weiſe es wolle, ſind einander gegenſeitig zur Collation verpflichtet, ſie mögen Sui ſein, oder nicht.

Von der Collation des ganzen Vermögens iſt gar nicht mehr die Rede — ſondern nur von der Collation desjenigen, was einer von dem zu beerbenden Aſcendenten bei deſſen Leben erhalten hat.

Aber auch nicht einmal Alles, was dieſer Art gerade iſt, braucht conferirt zu werden, ſondern es iſt die Collationspflicht auf gewiſſe Gegenſtände beſchränkt, welche im §. 969. näher werden bezeichnet werden.

Von dieſen Gegenſtänden wird im Zweifel angenommen, es ſei nicht des zu Beerbenden Abſicht geweſen, daß diejenigen, welche ſie erhalten, dieſelben, im Verhältniß zu anderen Deſcendenten, zum Voraus haben, und dadurch vor dieſen haben begünſtigt werden ſollen. Hierin eben liegt der Grund der Verpflichtung zur Collation, wie ſie im neueren Rechte vorkommt. — Dies iſt das richtige Reſultat.

cisc. etc. III, 38. v. J. 530. n. Chr.

36) Nov. 18. c. 6. v. J. 536. n. Chr.

37) cit. Nov. 18. c. 6. » . . . . quoniam incertum est, oblitusne eorum, quae data sunt, an perturbatione mortis pressus mentionem illius rei non fecerit . . . «

Die herrſchende Meinung indeſſen weicht darin ab: **Man** ſieht es als Regel an, daß Alles, was Einer von dem **zu** Beerbenden bei deſſen Leben empfangen habe, conferirt **werden** müſſe: wenn etwas nicht conferirt zu werden braucht, **ſo** betrachtet man das als Ausnahme von der Regel.

Von dieſer neueren Verpflichtung zur Collation ſoll nunmehr in den nächſtfolgenden Paragraphen gehandelt werden.

§. 968.

β. Von den Subjecten der Collation.

I. Wer iſt ſchuldig zu conferiren?

Im Allgemeinen werden wir ſagen können: die den Verſtorbenen beerbenden Deſcendenten. Ob ſie Sui ſind, oder nicht, darauf kommt nichts an. Weſentlich aber iſt, daß ſie den Verſtorbenen beerben; wer nicht Erbe wird, es ſei nun, daß ihm die Erbſchaft überall nicht einmal angefallen iſt, oder daß er ſie repudiirt hat, conferirt nicht. Ja, ſelbſt derjenige braucht nicht zu conferiren, welcher, als Suus, ipso jure Erbe geworden iſt, aber abſtinirt hat [1]). Die Perception eines bloßen Vermächtniſſes begründet auch keine Verpflichtung zur Collation [2]).

Aber nun bleibt doch noch die Frage, ob denn in jedem Falle alle Deſcendenten, welche den Verſtorbenen beerben, zur Collation verpflichtet ſind?

In Beziehung auf die Inteſtaterbfolge muß dieſe Frage bejahet werden; nicht aber in Beziehung auf die teſtamentariſche Erbfolge. Offenbar nämlich ging Juſtinian's Abſicht bei Abfaſſung der Nov. 18. c. 6., in welcher Stelle er die Verpflichtung zur Collation auch auf die teſtamentariſche Succeſſion ausdehnte, nur dahin: Diejenigen, welche ab intestato zur Erbfolge gelangt ſein würden, und dann zur Collation verpflichtet geweſen wären, die ſollen auch dann conferiren, wenn ſie nicht ab intestato, ſondern ex testamento ſuccediren. Iſt alſo ein Deſcendent, welcher ab intestato nicht zur Erbfolge

1) L. 4. L. 8. L. 9. D. d. dot. collat. XXXVII, 7. L. 25. C. fam. hercisc. III, 36.
2) cit. L. 4. D. d. dot. collat.

gelangen würde, im Teſtamente zum Erben ernannt, ſo braucht er nicht zu conferiren.

Wollen wir nun das bisher Geſagte in einem allgemeinen Ausdruck zuſammenfaſſen, ſo werden wir ſagen müſſen: Verpflichtet zur Collation iſt jeder den Verſtorbenen beerbende Deſcendent, welcher entweder wirklich ab intestato ſuccedirt iſt, oder doch, wäre kein Teſtament vorhanden geweſen, ab intestato ſuccedirt ſein würde. Dies iſt auch allgemein anerkannt.

Uebrigens verſteht es ſich von ſelbſt, daß, wenn ein zur Collation verpflichteter Deſcendent ſtirbt, ehe er ſeiner Verpflichtung Genüge geleiſtet hat, ſeine Erben zur Erfüllung derſelben verbunden ſind [3]).

II. Wer iſt berechtigt, Collation zu fordern?

Nur derjenige, welcher, Falls er ſelbſt etwas von dem Verſtorbenen erhalten hat, zur Collation verpflichtet iſt, nur der auch iſt berechtigt, Collation zu fordern. Immer alſo haben wir uns unter dem Berechtigten einen Deſcendenten zu denken; nie aber kann Jemand, der kein Deſcendent iſt, Collation fordern, er müßte denn Erbe geworden ſein eines Deſcendenten. Denn, wie die Verpflichtung zur Collation, wenn ſie in dem Verſtorbenen bereits begründet war, auf deſſen Erben übergeht, ſo iſt es auch mit dem Rechte auf Collation [4]).

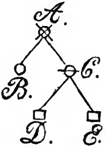
Aus dem Geſagten ergibt ſich, daß, wenn in einem Teſtamente Deſcendenten zu Erben eingeſetzt ſind, und neben dieſen andere Verwandte, oder ganz fremde Perſonen, die Deſcendenten nur unter ſich conferiren.

Noch verdient beſondere Berückſichtigung folgender Umſtand: Nach älterem Rechte konnte immer nur derjenige Collation fordern, deſſen Anſprüche auf die Erbſchaft dadurch beſchränkt wurden, daß der Andere ebenfalls zur Erbſchaft gelangte.

3) Durchaus falſch aber iſt es, und allen Grundſätzen über die Collation entgegen, wenn Pfizer in ſeiner Schrift, Ueber die Collation (Stuttgart, 1807. 8.) §. 100., behauptet: die Verpflichtung zur Collation gehe auch auf denjenigen über, welcher jure accrescendi die Erbportion eines ausfallenden Deſcendenten erhalte.

4) L. 1. §. 8. D. h. t. (XXXVII, 6.) L. 14. C. h. t.

Nun fragt es ſich, findet dieſer Grundſatz Anwendung auch auf die neuere Collationsverbindlichkeit? Die Einen bejahen, die Andern verneinen die Frage. Dieſe Letzteren ſcheinen mir Recht zu haben, denn der erwähnte Grundſatz ſcheint mit dem zu Ende des vorigen Paragraphen angeführten Principe der neueren Collationsverbindlichkeit unvereinbar. Es wird indeſſen nöthig ſein, die Sache durch ein Beiſpiel anſchaulich zu machen:



Angenommen, A. hat einen Sohn B. und zwei Enkelinnen D. und E., Töchter eines ſchon verſtorbenen Sohnes C. Der D. gibt er eine Dos, und nun ſtirbt er intestatus. Hier macht ſchon die bloße Concurrenz der E., daß B. nur eine Hälfte der Erbſchaft erhalten kann. Wird die D. ebenfalls Erbin, ſo gereicht das nur ihrer Schweſter, der E., zum Nachtheil, indem ſie dann an der auf dieſe fallenden anderen Hälfte der Erbſchaft participirt; aber dem B. entzieht die D. nichts. Dennoch darf ſie durch die Dos, welche ſie erhalten, ſo wenig vor dem B., als vor der E. einen Vorzug haben; ſie muß alſo ihre Dos in die Geſammtmaſſe einwerfen, dergeſtalt, daß eine *Hälfte* davon dem B., ein *Viertel* aber der E. zu Gute kommt; mit andern Worten, die D. muß ihre Dos ſowohl dem B., als der E. conferiren — nämlich nach der richtigen Anſicht. Nach der entgegengeſetzten Anſicht würde ſie nur ihrer Schweſter, der E., conferiren; dieſe erhielte ein *Viertel* der Dos, während B. gar keinen Antheil daran hätte.

§. 969.

γ. Von den Objecten derſelben.

Schon am Schluſſe des §. 967. habe ich bemerkt, daß die herrſchende Anſicht der Verpflichtung zur Collation, rückſichtlich des Objektes, einen viel größeren Umfang beilegt, als ſie, nach der richtigen Anſicht, hat. Die herrſchenden Anſichten muß man aber durchaus näher kennen, wie unrichtig ſie auch ſein mögen. Und hier wird es ſogar ohne Nachtheil geſchehen können, daß ich die Sache zuerſt gerade aus dem Geſichtspunkte der herrſchenden Anſicht darſtelle. Denn in dieſer iſt Vieles ganz unſtreitig richtig — das Unrichtige wird ſich aber hinterdrein leicht hervorheben laſſen, ohne daß es zu dieſem Zwecke weitläuftiger Erörterungen bedürfte.

Auch nach der herrſchenden Anſicht iſt nichts Gegenſtand der Collation, was nicht von dem gerade zu beerbenden Aſcendenten herrührt. Hierin liegt ein höchſt weſentlicher Unterſchied der neueren Collatio von der älteren.

Ferner: Schulden, welche ein Deſcendent gegen den Erblaſſer contrahirt hat, liegen ganz außer dem Bereich der Collationsverbindlichkeit. Denn es verſteht ſich ſchon nach allgemeinen Grundſätzen, und ohne alle Rückſicht auf die Theorie der Collation, daß Deſcendenten ſo gut, wie andere Erben, dasjenige, was ſie dem Verſtorbenen ſchuldig ſind, pro rata an ihre Miterben zu zahlen haben [1]).

Alles dasjenige aber, was ein Deſcendent von dem Verſtorbenen bei deſſen Leben empfangen hat, ohne dafür deſſen Schuldner geworden zu ſein, das iſt, der Regel nach, allerdings zu conferiren.

Ich ſage — bei dem Leben des Verſtorbenen: Vermächtniſſe, welche der Verſtorbene dem ihn beerbenden Deſcendenten ausgeſetzt hat, ſind kein Gegenſtand der Collation. Es iſt ein Irrthum, wenn Einige das Gegentheil behaupten, indem ſie ſich

1) Siehe Schweppe, Röm. Privatr. §. 864. Note 1. Wening-Ingenheim, Gem. Civilr. Buch V. §. 182. Seuffert, Lehrb. des prakt. Pandektenr. §. 588. Anm. 1.

auf L. 20. pr. C. h. t. berufen. Hier ſagt **Juſtinian** allerdings: Was in den Pflichttheil eingerechnet wird, das muß auch conferirt werden; und es hat ſeine unbeſtrittene Richtigkeit, daß auf den Pflichttheil Vermächtniſſe angerechnet werden. Aber es verſteht ſich, nach der Natur der Sache, ganz von ſelbſt, daß jener von **Juſtinian** aufgeſtellte Satz auf ſolche Gegenſtände zu beſchränken iſt, die Jemand von dem Verſtorbenen bei deſſen Lebzeiten erhalten hat; denn nie und zu keiner Zeit iſt dasjenige, was Jemand erſt nach dem Tode des zu Beerbenden erworben hat, als Gegenſtand der Collation angeſehen worden. Die Natur der Sache ergibt daher, daß **Juſtinian's** Abſicht hier nicht auf gänzliche Gleichſtellung gerichtet ſein konnte. Vielmehr will er nur dies ſagen: Wenn Jemand von dem zu Beerbenden **bei deſſen Leben** etwas erhalten hat, was er ſich ſogar müßte auf den Pflichttheil anrechnen laſſen, ſo iſt dies entſchieden auch Gegenſtand der Collation.

Aber auch das bei dem Leben des Verſtorbenen Empfangene iſt doch nur **inſofern** zu conferiren, **als es**, es ſei nun **in natura**, oder ſeinem Werthe nach, **noch vorhanden** iſt; es müßte denn durch des Verpflichteten eigene Schuld verloren gegangen ſein. In dieſer Beziehung gelten auch noch für die neuere Collation die älteren Grundſätze [2]).

Uebrigens muß ich bemerken, daß nicht nur das **unmittelbar** von dem zu Beerbenden Empfangene zu conferiren iſt, ſondern auch dasjenige, was dem zur Collation Verpflichteten aus des Verſtorbenen Vermögen **mittelbar** zu Theil geworden iſt. Daher conferirt z. B. der Enkel außer dem, was er ſelbſt von dem Großvater erhalten hat, auch die **Dos**, welche der Großvater ſeiner Mutter gegeben, oder die **Propter nuptias donatio**, welche der Großvater für den Vater gegeben hat [3]). Aber wohl verſtanden, nur, inwieweit dieſe Gegenſtände von der Mutter oder dem Vater auf ihn übergegangen ſind, alſo inwiefern er der Mutter oder des Vaters Erbe geworden iſt. Manche

2) Wie ſie enthalten ſind in der L. 1. §. 23. L. 2. §. 2. D. h. t. (XXXVII, 6.) S. §. 967. Note 17. u. 18.

3) L. 19. C. h. t.

Rechtsgelehrte zwar ſind der Meinung, daß es auf dieſen Umſtand nicht ankomme; aber mit Unrecht [4]. Die Praxis iſt im Ganzen für die zuerſt aufgeſtellte Anſicht [5].

Ich wende mich nun zu den *Ausnahmen* von der vorhin aufgeſtellten Regel, daß *Alles*, was der Verpflichtete von dem Verſtorbenen bei deſſen Lebzeiten erhalten, conferirt werden müſſe. Zu den ausgenommenen Gegenſtänden gehört:

1. Das *Löſegeld*, welches der zu Beerbende für das in Gefangenſchaft gerathene Kind gezahlt hat [6].

2. Daſſelbe nimmt man an in Hinſicht geleiſteter *Alimente* [7].

3. Desgleichen brauchen nicht conferirt zu werden *Sumtus studiorum*. Hat der Verſtorbene die Studirkoſten credendi animo vorgeſtreckt, ſo müſſen ſie allerdings erſtattet werden; aber das iſt dann eine Schuld, welche das Kind abzutragen hat; es iſt dies kein Gegenſtand der Collation [8].

4. Ferner iſt kein Gegenſtand der Collation, was der Verſtorbene hergegeben hat, um das Kind in den Stand zu ſetzen, die mit einer *öffentlichen Würde* verbundenen Laſten zu tragen [9]. Dagegen unterliegt der Vortheil, welchen eine mit dem Gelde des Verſtorbenen erworbene *Militia*, d. h. eine *verkäufliche Bedienung* gewährt, allerdings der Collation, nach einer ausdrücklichen Beſtimmung von *Juſtinian* [10].

5. Dagegen wird nicht conferirt, was aus dem Vermögen des zu Beerbenden in die *Bona castrensia* oder *quasi castrensia* des Kindes übergegangen iſt [11].

6. Eben ſo nimmt man aus *remuneratoriſche Schenkungen* [12].

4) Mit der hier angenommenen Anſicht ſtimmt überein *Mühlenbruch*, Pand. §. 719. Note 12. 14. Die verworfene Anſicht hegen u. A. *Thibaut*, Pand. §. 883. *Weninga-Ingenheim*, gem. Civilr. Buch V. §. 180. *Schweppe*, Röm. Privatr. §. 863.

5) Nach dem Zeugniß *Hofackers*, Principia j. c. §. 1664.

6) Dieſe Ausnahme pflegt man abzuleiten aus L. 17. C. d. postliminio revers. etc. VIII, 51.

7) Man pflegt ſich dabei zu beziehen auf L. 11. C. d. negot. gest. II, 19.

8) L. 50. D. fam. hercisc. X, 2.

9) L. 1. §. 16. D. h. t.

10) L. 20. pr. C. h. t.

11) L. 1. §. 15. D. h. t. L. 12. L. ult. C. h. t.

12) *Hofacker*, Principia j. c. §. 1658.

7. Der Regel nach ſind kein Gegenſtand der Collation **Donationes simplices.** Darunter aber verſteht man ſolche Schenkungen, welche weder den Charakter einer Remuneration an ſich tragen, noch mit einer Zweckbeſtimmung verbunden ſind.

Für dieſen eben aufgeſtellten Satz pflegt man unter andern anzuführen L. 18. C. fam. hercisc. III, 36., eine Conſtitution von Diocletian und Maximian. Mit dieſer ſteht aber, wenigſtens ſcheinbar, in Widerſtreit ein Reſcript derſelben Imperatoren, welches enthalten iſt in der L. 13. C. h. t. Man hat daher vielerlei Verſuche gemacht, die zuletzt angeführte Stelle zu beſeitigen. Indeſſen, ob dieſe Verſuche glücklich oder unglücklich zu nennen ſind, das kann uns hier gleich gelten. Und zwar aus einem zweifachen Grunde:

a. Beide Stellen haben überall nicht die Frage zum Gegenſtande, ob eine von dem Verſtorbenen gültiger Weiſe empfangene Schenkung zu conferiren ſei — ſondern ſie betreffen vielmehr die davon verſchiedene Frage, ob eine Schenkung des Parens an ein ſeiner väterlichen Gewalt unterworfenes Kind, welche an und für ſich zu Recht nicht beſtehen kann, durch des Parens Tod in eine gültige verwandelt werden könne.

b. Wäre dem auch nicht ſo, ſo würden wir uns doch für das Juſtinianiſche Recht lediglich an eine unſeren Gegenſtand betreffende Conſtitution von Juſtinian zu halten haben, nämlich L. 20. §. 1. C. h. t.:

Juſtinian geht hier davon aus, daß die **Dos** und die **Propter nuptias donatio** conferirt werden müſſe, eine **simplex donatio** aber der Collation nicht unterliege. Nur in zwei Fällen ſoll es anders ſein; in dieſen ſoll auch eine **simplex donatio** conferirt werden. Nämlich:

Erſtens — wenn der Verſtorbene gleich bei Verleihung einer ſolchen Schenkung deren dereinſtige Collation zur Bedingung gemacht hat.

Zweitens — wenn derjenige, welcher bloß eine **simplex donatio** erhalten hat, mit Perſonen concurrirt, denen eine ſolche nicht zu Theil geworden iſt, die aber ihrer Seits eine **Dos** oder **Donatio propter nuptias** zu conferiren haben.

8. Endlich führen Viele als beſondere Ausnahme an, daß ein Kind unter väterlicher Gewalt den ihm an ſeinem **Peculium adventitium** von dem Parens geſtatteten Nießbrauch, oder vielmehr den daraus gewonnenen Vortheil, nicht zu conferiren brauche [13]). Das aber iſt keine ſelbſtſtändige Ausnahme, ſondern gehört unter die allgemeine Kategorie der **simplex donatio**.

Dies ſind die Ausnahmen, welche von der im Eingange dieſes Paragraphen aufgeſtellten Regel, daß Alles conferirt werden müſſe, was der ſuccedirende Deſcendent bei Lebzeiten des Verſtorbenen von dieſem erhalten habe, aufgeſtellt werden.

Indeſſen auch das an und für ſich nicht Ausgenommene hört auf ein Gegenſtand der Collation zu ſein, wenn der zu beerbende Parens zu erkennen gegeben hat, daß es nicht conferirt werden ſolle. Zur Wirkſamkeit einer ſolchen Erklärung bedarf es durchaus keiner Art von Feierlichkeit. Streitig aber iſt, ob ſchon eine ſtillſchweigende Erklärung hinreiche, oder eine ausdrückliche erfordert werde. Nach vorjuſtinianiſchem Rechte war eine ſtillſchweigende Erklärung genügend [14]). Allein in der **Nov. 18. c. 6.** ſagt Juſtinian: Sowohl bei der teſtamentariſchen, als bei der Inteſtaterbfolge ſoll conferirt werden, ſobald nicht der Verſtorbene ausdrücklich das Gegentheil angeordnet hat. Hierdurch iſt dem früheren Rechte derogirt, und wir werden alſo jederzeit eine ausdrückliche Erklärung fordern müſſen. Mit Unrecht wollen viele Rechtsgelehrte auch nach dem neueſten Juſtinianiſchen Rechte eine ſtillſchweigende Erklärung für hinlänglich halten [15]).

Nach dieſer Darſtellung über das Object der Collation aus dem Standpunkte der herrſchenden Anſicht wende ich mich nun zu der Bezeichnung desjenigen, was darin unrichtig iſt:

Wohl muß einem Jeden das Mißverhältniß auffallen zwiſchen der Regel, daß Alles conferirt werden ſolle, und der gro-

13) **L. 6. §. 2. C. d. bonis, quae liber. etc. VI, 61.**

14) **L. 39. §. 1. D. fam. hercisc. X, 2.**

15) Z. B. **Voet, Commentar. ad Pand. XXXVII, 6. §. 27. Hoſacker, Principia j. c. §. 1666.** Wening-Ingenheim, gem. Civilr. Buch **V. §. 183.**

ßen Anzahl von Ausnahmen. Und ſo erregt ſchon dieſes Mißverhältniß Zweifel an der Exiſtenz der vorausgeſetzten Regel. Es kommt aber dazu, daß wir in der That in dem **Corpus juris** keine einzige Stelle haben, in welcher für die *neuere* Collation die Regel, daß *Alles* zu conferiren ſei, aufgeſtellt würde: wenn man ſie nicht etwa durch falſche Interpretation in die eine oder andere hineintragen will. Und daher iſt denn gewiß die Meinung derjenigen richtig, welche die gedachte Regel ganz und gar verwerfen, und vielmehr ſo ſagen: Die *neuere* Verpflichtung zur Collation iſt auf *gewiſſe beſtimmte Gegenſtände* beſchränkt; nur dieſe und keine andere unterliegen der Collation. Dieſe Gegenſtände aber ſind:

1. Die **Dos** [16]).
2. Die **Propter nuptias donatio** [17]).
3. Der Vortheil aus einer verkäuflichen Bedienung [18]).
4. Unter gewiſſen Vorausſetzungen die *simplex donatio* [19]). Was für Vorausſetzungen dies ſind, habe ich früher ſchon angegeben, bei den ſ. g. Ausnahmen unter Nr. 7.

§. 970.

δ. Von der Art und Weiſe der Collation und den gegen den Verpflichteten Statt findenden Rechtsmitteln.

1. Die Collation kann bewerkſtelligt werden durch *Einlieferung* der empfangenen Gegenſtände ſelbſt; aber auch durch *Einwerfung* des *Werthes* derſelben, in welchem letzten Falle die Sache durch *bloße Rechnung* in der Art abgemacht werden kann, daß der Conferirende aus dem Nachlaſſe des Verſtorbenen ſo viel weniger erhält, als von dem **Conferendum** dem Miterben gebührt [1]). Wo die Einlieferung der Gegenſtände ſelbſt unmöglich iſt, da kann nur der Werth eingeworfen werden; wo ſie aber möglich iſt, da hat, der richtigen Anſicht nach,

16) L. 17. C. h. t.
17) cit. L. 17. C. h. t.
18) L. 20. pr. C. h. t.
19) cit. L. 20. §. 1. C. h. t.
1) L. 1. §. §. 11. 12. D. h. t. (XXXVII, 6.)

derjenige, welcher conferiren ſoll, die Wahl [2]). Die Abſchätzung iſt jederzeit nach demjenigen Werthe zu machen, welchen die zu ſchätzenden Gegenſtände zur Todeszeit des zu Beerbenden haben. Das bringt die Natur der Sache mit ſich [3]).

2. Außer demjenigen, was den Hauptgegenſtand der Collation ausmacht, kann der Conferent auch noch zu Nebenpräſtationen verbunden ſein, auf welche dann natürlich bei Bewerkſtelligung der Collation mit Rückſicht zu nehmen iſt. Dahin gehört, daß der Conferent wegen verſchuldeten Verluſtes an der Subſtanz der **Conferenda** zum Erſatz verbunden ſein kann; weshalb ich auf den vorigen Paragraphen verweiſe. Und ferner gehört hieher, daß er ex mora Früchte und Zinſen zu leiſten hat [4]). — Auf der andern Seite kommt es nun aber auch dem Conferenten zu Gute, wenn er auf die Subſtanz der **Conferenda** nothwendige oder nützliche Koſten verwandt, oder dergleichen an einen Dritten zu erſtatten hat. Ich ſage — nothwendige, oder nützliche. Dagegen ſcheint zu ſtreiten **L. 1. §. 5. D. d. dotis collat. XXXVII, 7.**

> (Ulpianus) »Quum dos confertur, impensarum necessariarum fit detractio, ceterarum non.«

Denn ſie geſteht bei der **Dotis** collatio der conferirenden Frau nur wegen necessariae impensae einen Abzug zu. Dies hat indeſſen ſeinen Grund darin, daß zur Zeit der claſſiſchen Juriſten die auf die **Dos** verwandten utiles impensae der Frau in der Regel nicht zur Laſt fielen; ſie brauchte dergleichen Verwendungen dem Manne nicht zu erſetzen, und deshalb konnte ſie dieſelben natürlicher Weiſe bei der Collation der **Dos** nicht in Anſchlag bringen. Nach einer Juſtinianiſchen Verordnung aber muß die Frau dem Manne auch utiles impensae erſetzen [5]); und daher kann ſie dieſelben jetzt bei der Collation ihrer **Dos** abrechnen. Mit Recht bemerkt übrigens Schwep-

2) Das Gegentheil behauptet Pfizer, Ueber die Collation der Deſcendenten. §. 193. folg.

3) Pfizer, a. a. O. §. 202. folg. ſtellt die Regel auf, daß die Schätzung nach dem Werthe zur Zeit der Theilung der Erbſchaft vorzunehmen ſei.

4) L. 5. §. I. D. d. dot. collat. XXXVII, 7.

5) L. un. §. 5. C. d. R. U. A. V, 13.

pe [6]), daß gewöhnliche Unterhaltungskoſten, welche auf die zu conferirenden Gegenſtände verwandt worden ſind, nicht in Anſchlag gebracht werden dürfen.

3. Die Vertheilung der **Conferenda** erfolgt nach demſelben Verhältniſſe, nach welchem der Nachlaß des Verſtorbenen vertheilt wird, alſo **pro portionibus hereditariis**.

Die Anwendung dieſes Princips iſt da höchſt einfach, wo der zur Collation Verpflichtete allen Miterben conferirt. Aber bei der teſtamentariſchen Erbfolge kann es gar leicht vorkommen, daß der zur Collation Verpflichtete nur Einigen unter den Miterben zur Collation verbunden iſt. Und da wird denn das eben aufgeſtellte Princip in der Art angewandt: Derjenige, welcher zu conferiren hat, gibt denjenigen, welche Collation zu fordern berechtigt ſind, von ſeinen **Conferendis** ſo viel ab, als ihnen davon, nach Maßgabe ihres Erbſchaftsantheils, gebührt; alles Uebrige behält er für ſich. Z. B. Jemand hinterläßt zwei Söhne **A.** und **B.** Jeden von dieſen hat er in ſeinem Teſtamente zu einem Viertel inſtituirt: in der noch übrigen Hälfte der Erbſchaft hat er einen Fremden, den **C.**, zum Erben ernannt. Angenommen nun, der **B.** hat an **Conferendis 1200.** Mit dieſen iſt er nur dem **A.** zur Collation verpflichtet, nicht dem **C.** Der **A.** aber iſt Erbe zu **1/4**; mithin wird **B.** von ſeinen **1200** an den **A. 300** abgeben; die übrigen **900** wird er für ſich behalten. Denn hätte er jene **1200** von dem Verſtorbenen nicht erhalten, hätten ſie ſich alſo bei deſſen Tode in dem Nachlaſſe vorgefunden, ſo würde ja **A.** davon eben auch nur **300**, und mehr nicht, erhalten haben. Was dann anders geweſen wäre, das wäre dies: der Fremde, der **C.**, hätte an den gedachten **1200** auch ſeinen Antheil gehabt, und zwar mit **600.** Allein da er kein Recht hat, Collation zu fordern, ſo verbleiben dieſe **600** jetzt dem **B.** Dieſe **600** ſind es, welche gegenwärtig der **B.** lucrirt; inſofern iſt er begünſtigt. Aber das iſt keine Begünſtigung, die ihm auf Koſten des **A.** zu Theil wird, ſondern ſie wird ihm zu Theil lediglich auf Koſten des **C.** — und dies iſt dem Princip der neueren Collation durchaus

6) Röm. Privatr. §. 865.

nicht entgegen: nur im Verhältniß zu *einander* ſoll, hinſichtlich der zu conferirenden Gegenſtände, kein Kind vor dem andern begünſtigt werden. — Wollten wir auf unſeren Fall die Analogie derjenigen Berechnung anwenden, welche die claſſiſchen Juriſten da anzulegen pflegten, wo **Emancipati** theils mit **Sui**, und theils mit anderen gleichfalls emancipirten Kindern concurrirten, ſo würde freilich die Theilung anders zu ſtehen kommen; **B.** würde alsdann dem **A.** eine ganze Hälfte, alſo nicht 300, ſondern 600 abzugeben haben. Ich weiſe auf den §. 967. Allein dieſe Art der Berechnung beruht offenbar auf einem *falſchen* Princip, und zwar auf einem falſchen *Rechnungsprincip*. Mithin kann ſie für uns nicht zur Richtſchnur dienen. Es verhält ſich damit ſo, wie mit der Berechnung des **Interusurium**. Ungeachtet wir in den Pandekten eine Stelle haben 7), in welcher der Juriſt von denjenigen Grundſätzen über die Berechnung des **Interusurium** ausgeht, welche wir heutiges Tages die *Carpzoviſche* Methode nennen, ſo wird doch dieſe Methode, weil ſie verkehrt iſt, nicht befolgt. Vgl. §. 420.

4. Wenn der Gegenſtand der Collation noch ungewiß iſt, oder ſonſt irgend ein anderes Hinderniß eintritt, die Collation zu bewerkſtelligen, ſo können die Miterben, welchen conferirt werden ſoll, verlangen, daß der zur Collation Verpflichtete *Sicherheit* leiſte, entweder durch Bürgen, oder durch Pfand 8).

5. Wenn der Verpflichtete weder conferirt, noch auf Verlangen Sicherheit leiſtet, ſo wird ſein Erbantheil ihm *vorenthalten*; es werden ihm die **Actiones hereditariae** verſagt, ſo lange, bis er ſpäterhin etwa ſeiner Schuldigkeit nachkommt.

Uebrigens kann es ſein, der zur Collation Verpflichtete hat gegen Einige der berechtigten Miterben ſeiner Verpflichtung genügt, gegen Andere nicht. Hier wird ein Unterſchied gemacht, je nachdem er die geforderte Sicherheitsleiſtung aus *Contumaz*, oder aus *Unvermögen* zu beſchaffen unterlaſſen hat. Nämlich, in jenem Falle wird ihm nichts deſtoweniger ſein ganzer Erb-

7) L. 88. §. 3. D. ad Leg. Falcid. XXXV, 2.

8) L. 1. §. §. 9. 11. D. h. t. L. 1. §. 7. D. d. dot. collat.

theil vorenthalten, in dieſem aber nur eine angemeſſene Quote deſſelben.

Aber nun fragt es ſich weiter, was wird einſtweilen aus dem vorenthaltenen Erbtheil? Iſt der Verpflichtete contumax, ſo wird der Erbtheil einſtweilen, ohne Weiteres, den Miterben eingeräumt. Iſt dagegen der Verpflichtete per inopiam außer Stande, Sicherheit zu beſtellen, ſo geht man einestheils mit der Ueberlaſſung des Beſitzes an die Miterben nicht ſo raſch zu Werke, und anderntheils räumt man auch den Miterben den Beſitz nicht anders ein, als wenn ſie, wegen der dereinſtigen Herausgabe des dem Verpflichteten zuſtehenden Erbtheils ihrer Seits Siherheit leiſten. Vermögen ſie dieſe nicht zu beſchaffen, ſo tritt Sequeſtration ein. Es iſt jedoch, ſobald der zur Collation Verpflichtete aus bloßer Inopia nicht cavirt, auch noch ein ganz anderes Verfahren zuläſſig — dieſes nämlich, daß der Beſitz ſeines Erbantheils den Miterben überall gar nicht eingeräumt, ſondern zur Verwaltung dieſes Erbantheils ein eigener Curator beſtellt wird [9]).

6. Was die Klagen anbetrifft, vermittelſt deren Jemand zur Collation angehalten werden kann, ſo verſteht es ſich, daß, ſobald Caution geſtellt iſt, aus der Caution geklagt werden kann. Außerdem aber iſt auch die Familiae herciscundae actio geeignet, die Anſprüche auf Collation geltend zu machen [10]).

B. Von dem Jus accrescendi. (§. §. 971. 972.)

COD. VI, 51. De caducis tollendis.

§. 971.

a. Allgemeine Grundſätze.

Wenn von Mehren, die neben einander zur Erbfolge berufen ſind, der eine oder der andere ausfällt, ſo entſteht die Frage: was wird aus der vacanten Erbportion?

9) Wegen alles hier unter Nr. 5. Geſagten verweiſe ich auf L. 5. § 1. verb.: »sicuti cum de bonis« etc. D. ut legator. s. fideicommissor. etc. XXXVI, 3. L. 1. §. §. 10. 13. D. h. t. L. 11. L. 12. L. 14. C. h. t.

10) L. 1. pr. D. d. dot. collat. XXXVII, 7.

Es kann ſein, daß irgend Jemand da iſt, welcher ſie Jure transmissionis in Anſpruch nehmen kann, oder daß ſie einem Subſtituten deferirt wird. Machen aber dieſe Perſonen von ihrem Rechte keinen Gebrauch, oder ſind dergleichen Perſonen überall nicht vorhanden, ſo accreſcirt die vacante Erbportion den Erbantheilen derjenigen, welche ihrer Seits wirklich Erben geworden ſind; und zwar beruhet dies Jus accrescendi in geſetzlicher Nothwendigkeit.

Es findet Statt bei der teſtamentariſchen Erbfolge: gäbe es hier kein Jus accrescendi, ſo könnte der Zweck vollſtändiger Repräſentation nur durch die Zulaſſung der Inteſtaterben erreicht werden; das würde aber dem Grundſatze entgegen ſein: »Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.« Wo dieſer nicht anwendbar iſt, und dies iſt der Fall bei einem militäriſchen Teſtamente, da fällt auch die eben erwähnte geſetzliche Nothwendigkeit weg. — Aber nicht nur bei der teſtamentariſchen Erbfolge, ſondern auch bei der Inteſtaterbfolge gilt das Jus accrescendi [1]).

Es kommt jetzt darauf an, die Grundſätze anzugeben, wodurch das Jus accrescendi ſeine nähere Beſtimmung erhält:

1. Nur der Antheil eines Solchen kann durch das Jus accrescendi erweitert werden, welcher ſeiner Seits wirklich Erbe geworden iſt. Und darum eben gehört die Lehre von dem Jus accrescendi in den Abſchnitt von den Wirkungen, welche der Erwerb der Erbſchaft mit ſich führt. Ereignet ſich der Ausfall erſt nach dem Tode desjenigen, welcher ſeinen Erbantheil erworben hat, ſo accreſcirt die vacante Erbportion ſeinem Erben [2]). Geſetzt alſo, es ſind der Erben, welchen eine Erbſchaft deferirt

1) L. 9. D. d. suis et legitim. hered. XXXVIII, 16. (S. die folgende Note 2.) §. 4. I. d. SCto Orphit. III, 4.

2) cit. §. 4. I. eod. cit. L. 9. D. d suis et legitim. hered. »Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem, vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint, quo minus adeant, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio, et licet decesserint ante, quam accresceret, hoc jus ad heredes eorum pertinet. Alia causa est instituti heredis, et coheredis substituti; huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam si decesserit, heredem ejus sequitur.« — L. 59. §. 7. D. d. hered. inst. XXVIII, 5. L. un. §. 10. C. d. caduc. toll. VI, 51.

wird, zwei, A. und B. Der A. tritt die Erbſchaft an; er ſtirbt aber, während B. noch deliberirt, ob er die Erbſchaft annehmen ſoll oder nicht. Nach des A. Tode repudiirt B. die Erbſchaft. Jetzt wird der Erbantheil des B. dem Erben des A. accreſciren.

2. Sind derjenigen, welche Erben geworden ſind, Mehre, ſo iſt die Regel dieſe: Die vacante Erbportion accreſcirt ihnen allen [3]). Aber dieſe Regel iſt nicht ohne Ausnahme: es gibt Fälle, in denen der vacante Erbantheil vorzugsweiſe nur den Antheilen gewiſſer Miterben accreſcirt. Dies nämlich geſchieht da, wo unter den mehren Erben Einige zuſammengenommen einen gemeinſchaftlichen Antheil erhalten ſollen. Wenn hier von dieſen, zu einem gemeinſchaftlichen Antheil Berufenen, Einer ausfällt, ſo accreſcirt dasjenige, was ihm von dem gemeinſchaftlichen Antheile zugefallen ſein würde, nicht allen Miterben überhaupt, ſondern nur denen, welche mit ihm zu einem gemeinſchaftlichen Antheile berufen ſind. Die nähere Ausführung dieſer Grundſätze behalte ich mir vor für den folgenden §. 972.

3. Ueberall, wo eine vacante Erbportion Mehren accreſcirt, da accreſcirt ſie ihnen pro portionibus hereditariis, alſo nach Verhältniß der ihnen an und für ſich zukommenden Erbantheile [4]). Z. B. A. iſt eingeſetzt auf 1/2, B. auf 1/4, C. auf 1/4. C. fällt aus. Von ſeinem Erbantheil accreſciren dem A. 2/3, dem B. 1/3.

4. Der vacante Erbantheil accreſcirt den Miterben mit allen darauf ruhenden Laſten — »cum suo onere«, »cum suo gravamine«, wie es in den Quellen heißt [5]). Daher haben nunmehr die den Ausgefallenen auferlegten Vermächtniſſe die Miterben zu leiſten.

3) cit. L. un. §. 10. C. eod. L. 59. §. 3. D. d. hered. inst. »Cum quis ex institutis, qui non cum aliquo conjunctim institutus sit, heres non est, pars ejus omnibus pro portionibus hereditariis accrescit, neque refert, primo loco quis institutus, an alicui substitutus heres sit.«

4) cit. L. 59. §. 3. D. eod. cit. L. un. §. 10. C. d. caduc. toll.

5) L. 61. §. 1. D. d. legat. II. cit. L. un. §. 10. C. d. caduc. toll.

5. Die vacante Erbportion accreſcirt denen, welche ihrer Seits Erben geworden ſind, ſelbſt wider ihren Willen [6].

Von dieſer Regel kommen folgende Ausnahmen vor:

a. Wenn von mehren Erben, welche ſämmtlich angetreten haben, Einer ſich hinterdrein gegen die Antretung **in integrum** reſtituiren läßt, ſo wird ſein Erbantheil den Miterben nicht aufgezwungen; wollen ſie ihn nicht haben, ſo wird er zur Befriedigung der Erbſchaftsgläubiger dieſen überlaſſen [7].

b. Angenommen, ein **Suus** abſtinirt, nachdem zuvor ſein Miterbe angetreten, oder, iſt er ebenfalls ein **Suus**, ſich immiſcirt hat. Hier hat der Miterbe die Wahl, Erbe zu ſein auch in dem Antheil des Abſtinirenden, oder die ganze Erbſchaft aufzugeben [8].

6. Durch das **Jus accrescendi** kann mir nicht nur eine fremde, ſondern ſogar eine mir ſelbſt angewieſene Erbportion zuwachſen, die ohne das **Jus accrescendi** mir nicht zugefallen ſein würde. Ein Beiſpiel enthält die **L. 59. §. 6. D. de hered. inst. XXVIII, 5.**: Der Teſtator hat den Titius in einem Drittel **pure**, in einem anderen Drittel **sub conditione** inſtituirt, ein Drittel aber dem Mävius angewieſen. Wenn hier die Bedingung ausfällt, unter welcher dem Titius das zweite Drittel angewieſen iſt, ſo findet nunmehr in Hinſicht dieſes Drittels das **Jus accrescendi** Anwendung: Mävius erhält die Hälfte davon, die andere Hälfte aber bekommt Titius. Ohne das **Jus accrescendi** wäre ihm von dieſem zweiten Drittel nichts zugefallen [9].

§. 972.

b. Beſondere Beſtimmungen in Betreff des Falles, da von mehren zu einem gemeinſchaftlichen Antheile Berufenen Einer oder der Andere ausfällt.

Im Allgemeinen iſt dieſes Falles ſchon in dem vorigen Pa-

6) L. 53. §. 1. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2. »Qui semel aliqua ex parte heres exstiterit, deficientium partes etiam invitus excipit, id est, tacite ei deficientium partes semel etiam invito accrescunt« cit. L. un. §. 10. C. d. caduc. toll.

7) L. 61. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2.

8) L. 55. L. 56. D eod. coll. L. 38. L. ult. D. eod.

9) Vergl. auch L. 59. §. 7. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

ragraphen gedacht worden. Hier ſoll das Nähere darüber vorgetragen werden.

Der Fall kann vorkommen bei der Inteſtaterbfolge — dann nämlich, wenn nach Stämmen, oder Linien getheilt wird. Fällt da von mehren zu Einem Stamme oder zu Einer Linie Gehörigen ein Einzelner aus, ſo wird dadurch nur der Antheil derjenigen vergrößert, die zu demſelben Stamme, zu derſelben Linie gehören. So, wenn Jemand ſtirbt mit Hinterlaſſung eines Sohnes und zweier Enkel durch einen ſchon verſtorbenen Sohn. Hier bildet eine Hälfte der Erbſchaft den gemeinſchaftlichen Antheil der beiden Enkel. Fällt daher Einer von ihnen aus, ſo kommt dieſes bloß dem andern Enkel, nicht auch dem Sohne des Erblaſſers zu Statten.

Unſer Fall kann nun aber ferner auch bei der teſtamentariſchen Erbfolge vorkommen, dann nämlich, wenn der Teſtator bei der Erbeseinſetzung mehre Perſonen verbunden hat — wobei ich an den §. 804. erinnere.

Iſt die Verbindung eine Verbindung bloß den Worten nach, ſo ſind die Verbundenen nicht zu einem wirklich gemeinſchaftlichen Antheile berufen, und daher gelten dann die allgemeinen Grundſätze [1]).

Iſt dagegen die Verbindung eine Verbindung dem Gegenſtande nach, hat alſo der Teſtator mehren Perſonen eine und dieſelbe Quote der Erbſchaft ungetheilt angewieſen, ſo dient, nach der vermuthlichen Abſicht des Teſtators, der Ausfall des Einen oder des Andern unter ihnen nur dazu, die Antheile zu vergrößern, welche von der gemeinſchaftlichen Erbſchaftsquote den Mitverbundenen zukommen. Es gilt dies einmal von den **Re et verbis conjuncti.** Und zwar iſt hierbei zu beachten, daß die in einem und demſelben Satze zu einem gemeinſchaftlichen Antheile Berufenen nicht bloß dann für Re et verbis con-

1) L. 66. D. d. hered. inst. XXVIII, 5. »Si ita quis heredes instituerit: »Titius heres esto; Cajus et Maevius aequis ex partibus heredes sunto«, quamvis et syllaba conjunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars accrescit, sed omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam conjunxisse, quam celerius dixisse videtur.«

juncti zu halten ſind, wenn der Teſtator die Größe des gemeinſchaftlichen Erbantheils beſtimmt angegeben hat [2]), ſondern auch dann, wenn er die Größe jenes gemeinſchaftlichen Erbantheils unbeſtimmt gelaſſen hat, wie z. B. wenn er ſo geſagt hat: »A. ſoll mein Erbe ſein. B. und C. ſollen ebenfalls meine Erben ſein.« Hier ſind B. und C. **Re et verbis conjuncti** und daher wird, wenn etwa C. ausfällt, dies bloß dem B. zu Statten kommen [3]). Der vorhin aufgeſtellte Satz gilt aber eben ſo auch von den **Re tantum conjuncti**. Wenn alſo der Teſtator geſagt hat: »A. ſoll mein Erbe ſein in einer Hälfte; den B. ernenne ich zum Erben in die andere Hälfte; in der dem B. angewieſenen Hälfte ſoll auch C. Erbe ſein« [4]); ſo wird ebenfalls, wenn C. nicht Erbe wird, dies nur dem B. zu Gute kommen.

Nun iſt aber zuletzt noch ganz beſonders der Umſtand zu berückſichtigen, daß gelegentlich unter mehren dem Gegenſtande nach Verbundenen einige **Re et verbis**, andere **tantum re conjuncti** ſein können. Dann wird es ſo gehalten: Fällt Einer der enger Verbundenen, alſo der **Re et verbis conjuncti** aus, ſo accreſcirt deſſen Antheil nur denjenigen, die mit ihm auch den Worten nach verbunden ſind; fällt dagegen Einer der **tantum re conjuncti** aus, ſo werden dadurch die Antheile aller übrigen Verbundenen vergrößert. Z. B.: »A. und B. ſollen meine Erben ſein in einer Hälfte der Erbſchaft; den C. ernenne ich zum Erben in derſelben Hälfte. Ja auch D. ſoll in dieſer Hälfte Erbe ſein. In der anderen Hälfte ſetze ich den E. zum Erben ein.« Hier ſind A. B. C. D. **Re conjuncti**; ſie erhalten zuſammen Eine Hälfte der Erbſchaft, ohne daß der Teſtator über die Vertheilung dieſer Hälfte unter ihnen etwas vorgeſchrieben hat. Bei der Concur-

2) Wie in dem Falle der L. 20. §. 2. D. eod.

3) L. 63. D. eod. »Heredes sine partibus utrum conjunctim an separatim scribantur, hoc interest, quod si quis ex conjunctis decesserit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui conjuncti erant, pertinet; sin autem ex separatis ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes, portio ejus pertinet.« Vgl. L. 142. D. d. V. S.

4) Vgl. L. 15. pr. D. d. hered. inst. XXVIII, 5. und cit. L. 142. i. f. D. d. V. S.

renz zu dieſer Hälfte ſind nun aber A. und B. dergeſtalt mit einander verbunden, daß ſie für Eine Perſon gelten. Werden ſie wirklich Erben, und tritt eben dieſer Fall ein bei C. und D.; ſo bekommen ſie, nämlich A. und B. von der *gemeinſchaftlichen* Hälfte der Erbſchaft, *zuſammengenommen*, ein *Drittel*. Sie haben alſo an der gemeinſamen Hälfte wieder ihren gemeinſamen Antheil. Sie ſind unter einander noch näher verbunden, als mit C. und D. Und daher müſſen wir ſagen: Fällt etwa der B. aus, ſo erhält A. nun *allein* das ihm mit dem B. gemeinſchaftlich gebührende Drittel; die Antheile des C. und des D. werden dadurch nicht vergrößert, ungeachtet ſie eben auch Re conjuncti ſind. Dagegen, wenn etwa D. ausfällt, ſo wird dadurch nicht bloß der Antheil des C., ſondern auch der gemeinſchaftliche Antheil des A. und B. vergrößert.

IV. Von dem Verluſte einer Erbſchaft.
(§. §. 973 — 978.)

§. 973.

A. Im Allgemeinen.

Verlieren kann man nur, was man *ſchon hat*; alſo die Erbſchaft muß entweder *erworben*, oder wenigſtens *deferirt* ſein.

Von dem Falle nun, da ſie nur erſt *deferirt* iſt, handelt §. 974. Dieſer Fall kann nur bei *voluntarii* heredes vorkommen. — Von dem Falle, da die Erbſchaft ſchon *erworben* iſt, handelt §. 975. Hier wird auch auf die Sui Rückſicht zu nehmen ſein.

Nun aber ferner: Es gibt gewiſſe Vorausſetzungen, unter denen der Erbe für *unwürdig* geachtet wird. Und da wird ihm dann die Erbſchaft genommen, gleich viel, ob ſie ihm nur erſt deferirt, oder ſchon erworben iſt. Hiervon §. §. 976 — 978.

Digitized by Google

B. Insbeſondere: (§. §. 974—978.)

§. 974.

A. Von dem Verluſte einer nur erſt deferirten Erbſchaft.

Daß der voluntarius heres eine ihm deferirte Erbſchaft nicht erwirbt, das kann ſeinen Grund haben darin, daß er eigens *erklärt, nicht* Erbe ſein zu *wollen*. Aber auch dann wird die Erbſchaft hier ihm verloren gehen, wenn er die *Antretung* derſelben ſo lange *unterläßt*, daß ſie nun nicht mehr möglich iſt. Beides wird gelegentlich mit dem Ausdruck »*omittere* hereditatem« bezeichnet. Da nimmt man denn aber das Wort in der *weiteren* Bedeutung. In der *engeren* Bedeutung bezeichnet omittere das bloße Unterlaſſen der Antretung. Dagegen wird die poſitive Erklärung, nicht Erbe ſein zu wollen, durch die Worte »*repudiare* hereditatem« und *Repudiatio* hereditatis bezeichnet [1]).

Es wird nunmehr darauf ankommen, theils die *Erforderniſſe* des Verluſtes anzugeben, von welchen hier die Rede iſt, theils die *Wirkungen* deſſelben.

Was indeſſen die *Erforderniſſe* betrifft, ſo ſind es nur die Erforderniſſe der *Repudiation*, welche einer nähern Erörterung bedürfen. Dieſe ſind denen, von welchen die Wirkſamkeit der Antretung der Erbſchaft abhängt, ganz analog. Nämlich, auch hier wird

1. erfordert, daß die Erbſchaft wirklich bereits deferirt ſei — indem ſonſt die Ausſchlagung derſelben ohne alle Wirkung iſt [2]).

1) Die *weitere* Bedeutung von Omittere findet ſich unter Anderen in der Ueberſchrift des Pandekten-Titels XXIX, 2. De acquirenda vel *omittenda* hereditate. Getrennt werden Omittere und Repudiare u. A. in L. 24. §. 2. D. d. minorib. IV, 4. und L. 1. §. ult. D. ut in possess. legator. etc. XXXVI, 4.

2) L. 13. pr. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2.: »Is qui heres institutus est, vel cui legitima hereditas delata est, repudiatione hereditatem amittit. Hoc ita verum est, si in ea causa erat hereditas, ut et adiri posset. Ceterum heres institutus sub conditione, si ante conditionem existentem repudiavit, nihil egit, qualisqualis fuit conditio, et si in arbitrium collata est.« Vergl. ejusd. L. 13. §. 2.

Und überdies iſt nothwendig, daß der Repudiirende um die Delation der Erbſchaft, und um die näheren Umſtände derſelben wiſſe. Wer irriger Weiſe meint, es ſei ihm die Erbſchaft ab intestato deferirt, während ſie ihm ex testamento zugefallen iſt, deſſen Repudiation iſt ſo gut als keine [3]).

2. Der deſignirte Erbe ſelbſt muß repudiiren [4]).

3. Der Repudiirende muß eines vernünftigen Wollens fähig ſein. Daher kann der Wahnſinnige wirkſamer Weiſe nicht repudiiren.

4. Der Repudiirende muß in der Lage ſein, über das ihm zuſtehende Jus succedendi nach Willkür zu disponiren. Daher kann z. B. der Pupill, auch wenn er nicht mehr Infans iſt, und alſo der Fähigkeit, vernünftig zu wollen, nicht ſchlechthin entbehrt, dennoch für ſich allein nicht repudiiren, ſondern nur unter der Auctorität ſeines Tutors. Denn in der Repudiation einer Erbſchaft liegt eine Entäußerung; und zu einer ſolchen iſt der Pupill für ſich allein nicht fähig. — Aus eben dieſem Mangel willkürlicher Diſpoſition konnte der Sclav nicht repudiiren ohne Zuſtimmung ſeines Herrn; und eben ſo kann der Filiusfamilias nicht ohne Genehmigung des Vaters repudiiren, ſobald die Erbſchaft eine ſolche iſt, die er durch Antretung nicht ſich, ſondern dem Vater erwirbt [5]).

5. Anlangend den Inhalt der abzugebenden Erklärung, ſo iſt eine bedingte Repudiation, oder eine ſolche, vermittelſt deren ein Theil der deferirten Erbſchaft ausgeſchlagen werden ſoll, eben ſo unzuläſſig, wie eine bedingte oder nur auf einen Theil der Erbſchaft ſich beziehende Antretung. Vgl. §. 934.

6. Eine beſtimmte Form iſt nicht vorgeſchrieben: Der Repudiirende kann ſeinen Willen durch Worte, aber auch auf andere Weiſe zu erkennen geben [6]).

7. Der Zwang macht die Repudiation der Erbſchaft nicht

3) L. 17. §. 1. D. eod. (S. oben §. 934. Note 2)

4) L. 13. §. ult. D. eod. (S. die folgende Note.)

5) cit. L. 13. §. ult. D. eod. »Neque filiusfamilias repudiando sine patre, neque pater sine filio alteri nocet: utrique autem possunt repudiare.«

6) L. 95. D. eod. »Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest, et alio quovis indicio voluntatis.«

ipso jure nichtig. Aber der Gezwungene kann Reſtitution nachſuchen — oder auch gegen denjenigen, welcher den Zwang ausgeübt hat, die Quod metus causa actio anſtellen [7]).

8. Wer die Erbſchaft bereits angetreten hat, kann ſie hinterdrein nicht mehr ausſchlagen [8]). Das iſt die Regel; die Ausnahmen gehören nicht hierher, ſondern in den Abſchnitt von dem Verluſte der ſchon erworbenen Erbſchaft.

Das Bisherige bezog ſich auf die allgemeinen Erforderniſſe. Bei einer ex testamento deferirten Erbſchaft wird aber die Wirkſamkeit der Repudiation eben ſowohl, wie die Wirkſamkeit der Antretung, durch das Vorhandenſein der Testamenti factio bedingt. Denn wo es dem eingeſetzten Erben an dieſer fehlt, da iſt es nicht die Repudiation, ſondern der Mangel der Testamenti factio, welcher ihn von der Erbſchaft ausſchließt.

Zuletzt muß ich noch bemerken, daß neuerdings von Marezoll [9]) die Behauptung aufgeſtellt worden iſt: Wer die Erbſchaft ausſchlagen wolle, müſſe dies thun binnen der erſten drei Monate, nachdem er von dem Anfall Kunde erhalten, ſonſt werde er angeſehen, als ob er angetreten habe. Marezoll beruft ſich für dieſe ſeine Behauptung auf L. ult. §. 1. C. d. jure deliberandi. VI, 30., eine Verordnung Juſtinian's. Aber wenn ſchon die Worte der Stelle für Marezoll's Behauptung zu ſprechen ſcheinen, ſo liegt die behauptete Zeitbeſchränkung doch gewiß nicht in Juſtinian's Abſicht.

Nach dieſer Darſtellung der Erforderniſſe der Repudiation iſt jetzt nun noch etwas zu ſagen über die rechtlichen Folgen der Repudiation ſowohl, als der bloßen Omiſſion:

1. Alle die Wirkungen, welche für den zum Erben Deſignirten die Antretung der Erbſchaft mit ſich geführt haben würde, fallen weg, wie die Vortheile, ſo auch die Nachtheile; namentlich die Verpflichtung zur Leiſtung der Vermächtniſſe — ausgenommen, wenn der zum Erben Deſignirte dolose gehandelt hat. Hiervon in der Lehre von den Vermächtniſſen. §. 1027.

7) L. 21. §. 6. D. quod met. c. gest. er. IV, 2. (S. oben §. 189. Note 2.)

8) L. 4. C. d. repud. v. abstin. heredit. VI, 31. §. 5. I. d. hered. qualit. et differ. II, 19.

9) Im Archiv für d. civiliſt. Praxis, Bd. VIII. S. 268. folg.

2. Inwiefern Jemand eine ihm deferirte Erbſchaft durch Repudiation oder durch Omiſſion ein Mal aufgegeben hat, inſofern kann er ſie hinterdrein nicht mehr durch Antretung erwerben. Das Nähere hierüber habe ich in dem Abſchnitte von dem Erwerbe der Erbſchaft vorgetragen. §. 933. — In Hinſicht der **Omissio hereditatis** iſt nun aber noch insbeſondere Rückſicht zu nehmen auf die Grundſätze von der Transmiſſion der Erbſchaft. S. §. 941. folg.

§. 975.

B. Von dem Verluſte einer bereits erworbenen Erbſchaft.

Dieſer Verluſt kann möglicher Weiſe ein unfreiwilliger ſein. So kann Jemand eine ſchon erworbene Erbſchaft verlieren dadurch, daß das Teſtament, aus welchem er Erbe geworden iſt, als inofficios reſcindirt wird. Oder es kann Jemand in einem militäriſchen Teſtamente **ad diem** oder **ad conditionem** inſtituirt ſein.

Was aber den freiwilligen Verluſt betrifft, ſo iſt hier A. zuerſt Rückſicht zu nehmen auf ſolche Perſonen, welche **ipso jure** Erben geworden ſind.

Vorläufig habe ich ſchon früher davon geſprochen, daß der Prätor dem **suus et necessarius heres**, welcher nicht Luſt hat Erbe zu ſein, durch das ſ. g. **Beneficium abstinendi** zu Hülfe kommt. Dieſes geltend zu machen, genügt es, daß der Suus ſeine Abſicht, ſich der Erbſchaft zu enthalten, auf irgend eine Weiſe zu erkennen gebe. Nur wird vorausgeſetzt,

1. daß er nicht etwa irgend etwas aus derſelben entwandt habe, weder unmittelbar ſelbſt, noch durch Andere [1]). Und

2. daß er ſich nicht bereits immiſcirt habe. Dies jedoch leidet bei einem unmündigen Suus eine Ausnahme. Dieſer kann abſtiniren, auch wenn er ſich bereits immiſcirt hat [2]). Bei einem Suus pubes bedarf es im Fall früherer Immixtion erſt der In integrum restitutio [3]).

1) L. 71. §. §. 3—8. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2.

2) L. 11. L. 57. pr. D. eod. (S. oben §. 933. Note 4)

3) L. 57. §. 1. D. eod. ›Sed tamen et puberibus minoribus XXV annis, si temere damnosam hereditatem parentis appetierint,

Mit den rechtlichen Folgen der Entſagung verhält es ſich ſo: Nach der Strenge des Civilrechts bleibt der Suus Erbe, ungeachtet er abſtinirt hat [4]) — aber nach prätoriſchem Rechte wird er, mit Ausnahme Einer Beziehung, ſo behandelt, wie wenn er nicht Erbe wäre. Jene Eine Beziehung iſt die, daß die etwa vorhandenen Tabulae pupillares aufrecht erhalten werden, wenn gleich der Abſtinirende der einzige väterliche Erbe ſein mag. S. §. 846. In anderen Beziehungen aber behandelt, wie geſagt, der Prätor den Abſtinirenden, wie wenn er nicht Erbe wäre. Das Einzelne iſt dieſes:

1. Die Klagen der Erbſchaftsgläubiger gegen den Abſtinirenden werden zurückgewieſen [5]), eben ſo aber auch die Klagen des Abſtinirenden gegen die Schuldner des Verſtorbenen [6]).

2. War dem Abſtinirenden die Erbſchaft ex testamento zugefallen, und iſt ihm im Teſtament irgend ein Anderer ſubſtituirt, ſo gelangt dieſer zur Erbſchaft [7]). Jure civili geht das nicht — denn nach dem Civilrecht iſt ja der Abſtinirende Erbe geworden und geblieben; die Bedingung der Subſtitution iſt alſo nicht eingetreten. Aber der Subſtitut gelangt zur Erbſchaft mittelſt einer ihm in Gemäßheit des Teſtaments gegebenen Bonorum possessio.

3. Hat der Abſtinirende keinen Subſtituten, aber Miterben, ſo wird ſeine Erbportion behandelt, wie wenn ſie den Portionen dieſer Miterben accreſcirt wäre [8]).

4. Denken wir uns, der Erblaſſer iſt testatus geſtorben; an einem Subſtituten fehlt es, und es ſind auch keine Miterben vorhanden: dann gibt der Prätor Bonorum possessio intestati. Dieſe kann möglicher Weiſe der Abſtinirende ſelbſt er-

ex generali edicto, quod est de minoribus XXV annis, succurrit (sc. Praetor), quum, et si extranei damnosam hereditatem adierint, ex ea parte edicti in integrum eos restituat.«

4) L. 30. §. 10. D. d. fideicommiss. libertat. XL, 5. ».... tametsi non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se«

5) cit. L. 57. pr. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2.

6) L. ult. D. eod.

7) L. 44. D. d. re jud. XLII, 1.

8) L. 38. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2. coll. L. 55. L. 56. D. eod. Vgl. übrigens §. 971. zur Note 8.

halten, ſobald er abſtinirt hat, nur aber inſofern, als die Erbſchaft ihm ex testamento zugefallen war [9]).

Zuletzt muß ich noch bemerken: Hat der Gebrauch, welchen der Suus von dem Beneficium abstinendi gemacht hat, die Folge, daß nun Niemand da iſt, der cum effectu Erbe wäre — ſo hilft der Prätor den Gläubigern des Verſtorbenen dadurch, daß er ſie in den Beſitz der Erbſchaft ſetzt, damit ſie ſich daraus ihre Befriedigung verſchaffen [10]).

B. Es iſt jedoch noch zweitens Rückſicht zu nehmen auf ſolche Perſonen, welche durch Antretung die Erbſchaft erworben haben. Dieſe können, wenn ſie nicht Luſt haben Erben zu bleiben, ihren Zweck nur mittelſt einer In integrum restitutio erreichen. Sie wird ihnen aber nicht leicht aus einem anderen Grunde ertheilt, als wegen Zwanges [11]), oder wegen Minderjährigkeit [12]).

C. Von dem Verluſte wegen Unwürdigkeit *).
(§. §. 976—978.)

DIG. XXIX, 5. De SCto Silaniano etc. XXIX, 6. Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit. † XXXIV, 9. De his, quae ut indignis auferuntur. — COD. VI, 34. Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit. † VI, 35. De his, quibus ut indignis hereditates auferuntur, et ad SCtum Silanianum.

§. 976.

a. Allgemeine Grundſätze.

Unter gewiſſen Vorausſetzungen wird derjenige, dem eine

9) L. 1. §. 7. D. si quis omissa causa testam. etc. XXIX, 4.

10) §. 2. I. d. hered. qualit. et differ. II, 19.

11) L. 21. §. 5. D. quod. met. c. gest. er. IV, 2. (S. ob. §. 84. Note 4.)

12) §. 5. I. d. hered. qualit. et differ. II, 19. L 24. §. 2. D. d. minorib. IV, 2. L. 57. §. 1. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2. (S. oben Note 3.)

*) Mit den hieher gehörigen Quellen-Titeln hat es folgende Bewandtniß: Die beiden allgemeinen Titel ſind: 1) DIG. XXXIV, 9.; bezieht ſich derſelbe gleich zunächſt auf den Fall, da einem mit einem Vermächtniſſe Bedachten dieſes Vermächtniß ſeiner Unwürdigkeit halber entriſſen wird, ſo kommt darin zugleich doch Vieles vor, was ſich auf den unwürdigen Erben bezieht. 2) COD. VI, 35. Die übrigen hier aufgeführten Titel DIG. XXIX, 5. u. 6., u. COD. VI, 34. haben eine ſpecielle Beziehung auf einzelne hieher gehörige Fälle.

Erbſchaft zugefallen iſt, der Erbſchaft für unwürdig geachtet. Und ſie wird ihm, ſeiner Unwürdigkeit halber, genommen, ſie wird ihm entriſſen — gleichviel, ob ſie ihm nur erſt deferirt, oder wirklich bereits erworben iſt.

Indem aber die Erbſchaft dem Unwürdigen entzogen wird, ſo fällt ſie nun jederzeit Statt ſeiner irgend einem Andern zu. Auf dieſen Andern gehen dann, wie die Vortheile, ſo auch die Laſten über, namentlich die Laſt der Legate [1]). Der Verluſt der Erbſchaft ſelbſt iſt jedoch nicht der einzige Nachtheil, welcher den Unwürdigen trifft: Hatte er die Erbſchaft bereits erworben und durch Conſuſion Rechte verloren, ſo erhält er dieſe Rechte nicht zurück [2]).

Uebrigens iſt der Regel nach der Fiscus derjenige, der in des Unwürdigen Stelle tritt. Dies iſt überall anzunehmen, wo nicht eigens das Gegentheil nachgewieſen werden kann. Davon §. 977.

Es gibt indeſſen Fälle, in denen ein ſolcher Nachweis möglich iſt, wo alſo das dem Unwürdigen Entriſſene anderen Perſonen zu Statten kommt. Davon §. 978.

b. Einzelne Fälle des Verluſtes. (§. §. 977. 978.)

§. 977.

a. An den Fiscus.

Manches, was hierher nach Römiſchem Rechte gehört, hat für uns ſeine praktiſche Bedeutung verloren. Dahin gehört namentlich dieſes: Wenn der Erblaſſer eines nicht natürlichen Todes geſtorben war, der Erbe aber, obſchon ſelbſt ohne Schuld, doch unterlaſſen hatte, die Urheber des Todes in der geſetzlich zuläſſigen Weiſe zu verfolgen, ſo ward er angeſehen als unwürdig der Erbſchaft; der Fiscus entriß ihm dieſelbe [1]). Unter Andern bezog ſich hierauf das SCtum **Silanianum**, deſſen ſchon im §. 822. Erwähnung geſchehen iſt. — Unter den noch praktiſchen Fällen ſind die wichtigſten folgende:

1) L. 16. §. 2. D. h. t. L. 18. §. 1. D. eod.

2) L. 8. cit. L. 18. §. 1. D. h. t.

1) L. 21. D. h. t. L. 9. C. h. t.

1. Der Fiscus entreißt dem Erben die Erbſchaft, wenn der Erbe an dem Tode des Erblaſſers Schuld iſt [2]).

2. Denken wir uns, der Erbe hat den Verſtorbenen gewaltſamer oder hinterliſtiger Weiſe gehindert, zu teſtiren — wohin denn auch der Fall gehört, da er ihn verhindert hat, ein früheres Teſtament zu ändern: alsdann entreißt der Fiscus dem Erben dasjenige, was dieſer ſich zu erhalten beabſichtigte [3]).

3. Wenn ein im Teſtamente zum Erben Eingeſetzter das Teſtament mit der **Inofficiosi querela** anficht, den Prozeß bis zu Ende fortführt, und verliert — ſo fällt ſein Erbantheil dem Fiscus zu. Ich erinnere deshalb an den §. 885.

4. Derſelbe Erfolg tritt ein, wenn Jemand das Teſtament des Verſtorbenen als verfälſcht angefochten, und den Prozeß verloren hat [4]).

5. Wenn der Teſtator ſelbſt den Erben in einem ſpäteren Codicill für unwürdig erklärt hat, ſo hat dies freilich nicht die Wirkung, die frühere Erbeseinſetzung aufzuheben; aber der Fiscus entreißt ihm in dieſem Falle die Erbſchaft [5]).

Eben ſo, wenn der Teſtator in einem ſpäteren Teſtamente andere Erben ernannt hat, ſolche aber, die er zu Erben nicht ernennen konnte. Hier wird das frühere Teſtament zwar nicht rumpirt, aber die darin eingeſetzten Erben werden wenigſtens der Erbſchaft für unwürdig geachtet [6]).

Im Zuſammenhange hiemit ſteht der Fall, da der Teſtator, nach vollendetem Teſtamente, den Namen des Erben ausgeſtri-

2) **L. 3. D. h. t. L. 7. §. 4. D. d. bonis damnator. XLVIII, 20.**

3) Hieher gehören die oben angeführten **Titt. Dig. XXIX', 6.** (insbeſondere **L. 1.**) und **Cod. VI, 34.** (insbeſ. **L. 2.**). Uebrigens muß ich bemerken: In dem angeführten Titel des Codex iſt auch noch von dem Falle die Rede, da der Verſtorbene zur Errichtung eines Teſtaments gezwungen worden iſt. Dieſer Fall gehört aber gar nicht in die Reihe der Indignitäts-Fälle. Es iſt davon an einem andern Orte gehandelt worden; ſiehe §. 794.; desgleichen §. 868. Der Pandekten-Titel hat zwar die Ueberſchrift mit dem Titel des Codex gemein, aber er enthält nichts, was ſich auf den Zwang zur Errichtung eines Teſtaments bezöge.

4) **L. 8. C. h. t. L. 6. C. ad leg. Corneliam de fals. IX, 22. L. 29. §. 1. D. d. J. F. XLIX, 14.**

5) **L. 4. C. h. t.**

6) **L. 12. D. h. t. » . . . . quamvis institutio non valeret, neque superius testamentum ruptum esset, heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit jam pridem senatus hereditatem.«**

chen hat [7]. Und dies führt uns denn auf einen Gegenſtand, deſſen ich ſchon im §. 870. 4. b. erwähnt, deſſen nähere Erörterung ich damals aber ausgeſetzt habe. Nämlich es fragt ſich — was hat ein ſolches Ausſtreichen für Wirkungen?

Nach L. 12. D. h. t. ſcheint man ſagen zu müſſen: Es liegt in dem Ausſtreichen eine ſtillſchweigende Erklärung, daß der Erbe unwürdig ſei; der Erfolg alſo würde darin beſtehen, daß die Erbſchaft dem Erben durch den Fiscus entriſſen wird [8]. In der letzten der in Note 8. angeführten Stelle wird indeſſen die Möglichkeit auch eines anderen Erfolgs angedeutet, welcher beſtimmter bezeichnet wird in **L. 1. §. 8. D. si tabulae testam. nullae exstab. XXXVIII, 6.** [9]. Nach dieſer Stelle ſcheint man ſagen zu müſſen: Die Ernennung des Erben iſt in einem ſolchen Falle anzuſehen, wie wenn ſie gar nicht erfolgt wäre; die **Heredis institutio** iſt **pro non scripta**. Und ſonach tritt der Fiscus nicht ein. — Es fragt ſich, wie dieſer anſcheinende Widerſtreit zu heben iſt? Auf dieſe Weiſe: Man muß jedes Mal auf die muthmaßliche Abſicht des Teſtators Rückſicht nehmen. Ging die Abſicht deſſelben nur dahin, ſeinen Unwillen gegen den Erben kund zu geben, ſo iſt die Erbeseinſetzung an ſich wirkſam, aber die Erbſchaft wird dem Erben durch den Fiscus genommen. Dagegen war die Abſicht des Teſtators dieſe, die Erbeseinſetzung ganz und gar aufzuheben, ſo iſt ſie **pro non scripta**, und der Fiscus kann eben deshalb nicht eintreten.

6. In der Regel verliert, wer eine verbotene Ehe eingegangen iſt, Alles und Jedes, was der andere Ehegatte ihm zugewandt hat, an den Fiscus [10]. Dies gilt alſo auch in dem Falle, da der Andere ihm in ſeinem letzten Willen etwas hinterlaſſen, ihn zum Erben eingeſetzt hat [11]. Namentlich findet das

7) S. cit. L. 12. D. h. t.

8) Dafür ſprechen noch zwei andere Stellen, nämlich die L. 16. §. 2. D. h. t. und L. 3. D. d. his, quae in testam. delentur etc. XXVIII, 4.

9) »Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere, dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt.«

10) L. 4. C. d. incest. et inutilib. nupt. V, 5.

11) L. 2. §. 1. L. 13. D. h. t.

Geſagte Anwendung auf die Ehe des Vormundes mit ſeiner Pflegbefohlnen, inwieweit dieſe unterſagt iſt; jedoch mit der eigenthümlichen Modification: nur der Vormund verliert das ihm Hinterlaſſene, die Pflegbefohlne behält, was der Vormund ihr angewieſen hat [12]).

§. 978.

β. An andere Perſonen.

Auch hier ſollen nur die für uns wichtigeren Fälle aufgezählt werden. Dieſe ſind folgende:

1. Wer, es ſei nun ab intestato, oder ex testamento, zur Erbfolge in den dereinſtigen Nachlaß eines Unmündigen berufen iſt, hat, wenn der Unmündige eines Tutors bedarf, die Verpflichtung, bei der Obrigkeit auf Beſtellung eines Tutors anzutragen. Dieſer Verpflichtung muß er innerhalb Jahresfriſt nachkommen. Thut er dies nicht und der Unmündige ſtirbt vor erlangter Pubertät, ſo verliert er die Erbſchaft zum Vortheil der anderweitigen Erben [1]).

2. Angenommen, der Verſtorbene hat Jemanden zum Tutor ernannt, und ihn neben Anderen zum Erben eingeſetzt; der Inſtituirte aber lehnt die Tutel ab, ſo wird ihm die Erbſchaft zum Vortheil der Miterben entzogen. Wenn jedoch der zum Tutor ernannte Miterbe ein Sohn des Verſtorbenen iſt, ſo findet dieſe Verordnung keine Anwendung [2]).

Aehnlicher Art, und daher mit dem eben bezeichneten Falle zu verbinden, iſt der Fall, da Jemanden im Teſtamente aufgegeben iſt, für die Erziehung eines Unmündigen Sorge zu tragen. Iſt derjenige, dem dieſes aufgegeben worden, in Beziehung darauf zum Erben eingeſetzt, und er will ſich mit der Erziehung des Unmündigen nicht befaſſen, ſo werden ihm die die Erbſchaft betreffenden Klagen verweigert, zum Vortheil der Miterben [3]).

12) cit. L. 2. §. 1. §. 2. D. h. t.

1) L. 2. §. 2. D. qui petant tutores vel curatores etc. XXVI, 6. L. 10. C. d. legitim. heredib. VI, 58.

2) L. 28. §. 1. D. d. excusationib. XXVII, 1.

3) L. 1. §. 3. D. ubi pupillus educari deb. XXVII, 2.

3. Ferner kommt hier in Betracht die Nov. 22. c. 47. pr. Man pflegt ſie ſo auszulegen: Wenn Jemand, der zu den Geſchwiſtern des Verſtorbenen gehört, dieſem nach dem Leben geſtanden, oder gegen ihn eine Criminalanklage erhoben, oder ihn ſeines Vermögens zu berauben geſucht hat, ſo ſoll er des auf ihn fallenden Theils der Erbſchaft für unwürdig geachtet werden; und dieſer ſein Antheil ſoll den übrigen Geſchwiſtern zu Statten kommen. Thibaut[4]) indeſſen beſchränkt, und wohl nicht mit Unrecht, die ganze Beſtimmung auf die Vorausſetzung der Inteſtaterbfolge.

4. Noch gehören hieher die Beſtimmungen der Nov. 115. c. 3. §. 12. c. 4. §. 6. Nämlich: Angenommen, Jemand iſt wahnſinnig, und nun nimmt irgend ein Dritter, nachdem er den künftigen Erben vergeblich aufgefordert hat, ſeiner Seits für den Wahnſinnigen Sorge zu tragen, dieſen in ſein Haus auf, und verpflegt ihn da auf eigene Koſten bis zu ſeinem Tode. Wenn hier derſelbe in dem Zuſtande des Wahnſinns beharrt, und ſonach als Wahnſinniger ſtirbt, ſo wird ſeine Erbſchaft demjenigen, welchem ſie, es ſei ex testamento oder ab intestato, zufällt, als einem Unwürdigen entzogen, und zwar zum Vortheil deſſen, welcher den Erblaſſer verpflegt hat.

5. Die eben angeführte Nov. 115. enthält in c. 3. §. 13. und c. 4. §. 7. die Vorſchrift: Wenn Jemand in feindliche Gefangenſchaft geräth, und die zur Erbfolge Berufenen, obgleich unterrichtet davon, für ſeine Befreiung keine Sorge tragen — ſo ſoll, Falls der Gefangene in der Gefangenſchaft ſtirbt, die Erbſchaft den ſchuldigen Erben genommen werden, und der Kirche, in deren Sprengel der Verſtorbene geboren iſt, zufallen; die Kirche aber ſoll die Maſſe zur Loskaufung von Gefangenen verwenden.

6. In der Nov. 1. c. 1. §. 4. finden ſich folgende Beſtimmungen: Zögert der Erbe, die Vermächtniſſe zu berichtigen, ungeachtet er durch ein Decret des Richters dazu aufgefordert iſt,

4) Pand. §. §. 990. 993. Uebrigens vergl. Marezoll, Zeitſchrift für Civilr. u. Prozeß. Bd. IV. S. 415. folg.

und zwar ein ganzes Jahr, ſo ſoll er die Erbſchaft verlieren, bald nur zum Theil, bald aber auch ganz, bald an die ihm gegebenen Subſtituten, bald an die Miterben, bald an diejenigen ſelbſt, welche mit Vermächtniſſen bedacht ſind, bald an die Inteſtaterben. Das Detail ergibt die angeführte Novelle.

Fünftes Buch.

E r b r e c h t.

Fünftes Kapitel.

Von der Bonorum possessio.

I. Von der Bonorum possessio im Allgemeinen.
(§. §. 979 — 988.)

† INST. III, 9. (10.) De bonorum possessionibus. — † DIG. XXXVII, 1. De bonorum possessionibus. XXXVIII, 9. (10.) De successorio edicto. XXXVIII, 12. (13.) De veteranorum et militum successione. XXXVIII, 15. (16.) Quis ordo in possessionibus servetur. — COD. VI, 9. Qui admitti ad bonorum possessionem possunt, et intra quod tempus. VI, 16. De successorio edicto. VI, 19. De repudianda bonorum possessione.

A. Ueber den Begriff der Bonorum possessio und den charakteriſtiſchen Unterſchied derſelben von der Hereditas. (§. §. 979. 980.)

§. 979.

A. In materieller Beziehung.

Man pflegt zu unterſcheiden zwiſchen Bonorum possessio edictalis und Bonorum possessio decretalis. Bei der edictalis haben wir jederzeit an eine wirkliche prätoriſche Erb-

folge zu denken, in Gemäßheit deren man durch die bloße Agnition der im Edict angebotenen **Bonorum possessio** ohne vorgängige beſondere **Causae cognitio** zum Beſitze der Erbſchaft gelangt. Die **decretalis** aber ſetzt jederzeit eine ſolche beſondere **Causae cognitio** voraus, ohne welche ſie Niemanden zu Theil wird. Und da iſt denn der Fall häufig der, daß es ſich gar nicht um eine prätoriſche Erbfolge handelt, ſondern nur um den *interimiſtiſchen Beſitz* der Erbſchaft. Davon wird aber hier gar nicht weiter die Rede ſein: es iſt davon bereits in den §. §. 953 — 955. gehandelt worden. Hier haben wir es bloß mit dem prätoriſchen Rechte der Erbfolge zu thun, wobei es denn vornehmlich auf die **Edictalis bonorum possessio** ankommt.

Die prätoriſche Erbfolge verhält ſich zu der civilen auf eine ähnliche Weiſe, wie das prätoriſche Eigenthum ſich zu dem civilen Eigenthum verhält. Die prätoriſche Erbfolge iſt ein Analogon der civilen; man kann ſagen, ſie iſt eine **ficta hereditas** — der prätoriſche Erbe iſt kein eigentlicher Erbe, aber er iſt **Heredis loco**[1]).

Wenn nun aber das Recht des prätoriſchen Erben ſeinem Gehalt nach ein anderes iſt, als das des civilen Erben, worin beſteht denn nun der Wirkung nach der Unterſchied?

I. Der prätoriſche Erbe wird mit dem Verſtorbenen nicht ſo vollſtändig *identificirt*, wie der civile. Daher ging nach vorjuſtinianiſchem Rechte das quiritariſche Eigenthum des Verſtorbenen auf den prätoriſchen Erben nicht über; der prätoriſche Erbe hatte die Sachen, welche dem Verſtorbenen zu vollem Rechte gehört hatten, nur **in bonis**; erſt durch Uſucapion konnte er quiritariſcher Eigenthümer werden. Dies fällt im Juſtinianiſchen Rechte weg. (S. §. 222.) Dagegen gilt, wie im vorju-

1) **Gaj. III. §. 32. IV. §. 34. Ulp. XXVIII. §. 12.** (S. Note 2.) **§. 2. I. h. t. (III, 9. al. 10.) »Quos autem Praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt. Nam Praetor heredem facere non potest: per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutiones principales; sed cum eis Praetor dat bonorum possessionem, *loco heredum* constituuntur et vocantur bonorum possessores.** Vgl. **L. 2. D. h. t. (XXXVII, 1.) L. 117. D. d. R. J.**

ſtinianiſchen, ſo auch noch im Juſtinianiſchen Rechte der Satz, daß die auf die obligatoriſchen Verhältniſſe des Verſtorbenen Bezug habenden Klagen von dem prätoriſchen Erben und gegen ihn nicht direct, ſondern nur **utiliter** angeſtellt werden können [2]).

So alſo zeigt ſich der Unterſchied in dem verſchiedenartigen Charakter der Succeſſion. — Aber er zeigt ſich

2. auch in den Rechtsmitteln, die Erbfolge als ſolche geltend zu machen. Urſprünglich ſtand dem Bonorum possessor in dieſer Beziehung kein anderes Rechtsmittel zu Gebote als das Interdictum quorum bonorum, abzweckend bloß darauf, dem prätoriſchen Erben zu dem Beſitz der zur Erbſchaftsmaſſe gehörigen körperlichen Sachen zu verhelfen. Erſt ſpäter ward dem prätoriſchen Erben utiliter auch die Hereditatis petitio gegeben. Die Klage erhielt in dieſer ihrer Anwendung auf den prätoriſchen Erben den eigenthümlichen Beinamen **possessoria.** Seitdem war nun der prätoriſche Erbe, in Hinſicht der Rechtsmittel, inſofern ſogar beſſer daran, als der civile Erbe, daß er vor dieſem das Interdictum quorum bonorum voraus hatte [3]).

§. 980.

B. In formeller Beziehung.

Bis auf die Zeiten der **Conſtantine** verhielt es ſich damit ſo: Die Form, in welcher der Prätor das Recht der Erbfolge ertheilte, beſtand darin, daß er demjenigen, welcher daſſelbe in Anſpruch nahm, auf ſein Geſuch, die Erlaubniß gab, ſich in den Beſitz der Erbſchaft zu ſetzen. Daher der Name Bonorum possessio. Es lag in der Ertheilung dieſer Erlaubniß eine In possessionem missio, aber eine ſolche, die mit dem Rechte der Succeſſion verbunden war, vergleichbar der In possessionem missio ex secundo decreto beim Damnum infectum. Wegen

2) **Gaj.** IV. §. 34. **Ulp.** XXVIII. §. 12. »Hi quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur, beneficio Praetoris. Ideoque, seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.« pr. I. d. perpet. et temporalib. act. IV, 12.

3) Vgl. **Gaj** III. §. 34.

dieſer Form ſagte denn nun auch der Prätor in den auf die prätoriſche Erbfolge ſich beziehenden Stellen des Edicts nicht etwa: Unter den und den Vorausſetzungen ſoll dieſer oder jener Erbe ſein; ſondern er ſagte: Unter den und den Vorausſetzungen werde ich dieſem oder jenem eine **Bonorum possessio** geben.

Die techniſchen Ausdrücke für das Anbringen des erwähnten Geſuchs ſind: **Agnoscere bonorum possessionem** und **Agnitio bonorum possessionis.** Auf die Ertheilung der nachgeſuchten Erlaubniß aber beziehen ſich die Ausdrücke: **Dare bonorum possessionem, Datio bonorum possessionis.** Uebrigens mußte das Geſuch in eine beſtimmte Form eingekleidet ſein, und innerhalb einer beſtimmten Friſt angebracht werden, weder vorher, noch nachher. Die Friſt fing zu laufen an mit dem Augenblicke, da der Betheiligte erfuhr, daß Niemand mit ſeinem beſſeren Rechte ihm im Wege ſtehe — ſie war alſo ein **Tempus utile** in Bezug auf den Anfang, eben ſo aber auch in Bezug auf den Verlauf. In der Regel währte ſie hundert Tage; für Aſcendenten und Deſcendenten des Verſtorbenen aber währte ſie Ein Jahr[1].

Zuletzt muß ich noch bemerken: Wie in Rom der Prätor, ſo ertheilte in der Provinz der Präſes **Bonorum possessio**; geringere Magiſtrate waren dazu nicht befugt. — Aber durch eine Conſtitution von Conſtantius II.[2] iſt in dem hier beſchriebenen Verfahren Manches geändert worden: Eines Geſuches um Ertheilung der **Bonorum possessio** ſoll es ferner nicht bedürfen; es ſoll zur Agnition genügen, wenn der Erbe vor der Obrigkeit auf irgend eine Weiſe zu erkennen gibt, daß er die Erbſchaft haben wolle. Ferner: Es ſoll verſtattet ſein, **eventualiter** ſchon vor dem Anfange der vorgeſchriebenen Friſt **Bonorum possessio** zu agnoſciren. Endlich: Es ſoll die abzugebende Erklärung mit Erfolg auch vor geringeren Magiſtratsperſonen abgegeben werden können. Im Uebrigen hat dieſe Conſtitution es bej dem Alten gelaſſen.

1) §. §. 8 — 10. I. h. t. L. 1. §. §. 12. 13. D. d. successorio edicto. XXXVIII, 9. (10.) L. 4. §. 1. quis ordo in possessionib. servetur. XXXVIII, 15. (16.)

2) L. ult. C. qui admitti ad bonor. poss. poss. VI, 9.

B. Von den Claſſen und Ordnungen der Bonorum possessio. (§. §. 981—983.)

§. 981.

A. Summariſche Bezeichnung derſelben.

Die civile Erbfolge beruht da, wo ein Freigelaſſener beerbt werden ſoll, in manchen Beziehungen auf anderen Grundſätzen, als diejenigen ſind, wonach die Erbfolge in den Nachlaß eines Freigeborenen ſich richtet. Eben ſo finden wir einen Unterſchied dieſer Art vor auch bei der prätoriſchen Erbfolge. Für uns nun aber iſt die Successio libertinorum etwas ganz und gar Unpraktiſches; daher werde ich mich, wie es bereits in dem Abſchnitte von der Hereditas geſchehen iſt, ſo auch hier, lediglich auf die Darſtellung der Successio ingenuorum beſchränken. — Die allgemeinen Grundſätze über dieſe erfahren in dem Falle, da der zu Beerbende ein Emancipatus iſt, eigenthümliche Modificationen. Von dieſen Modificationen wollen wir aber gegenwärtig bei dieſer vorläufigen Unterſuchung ebenfalls abſtrahiren. Ich behalte mir vor, davon im Abſchnitt II. §. 993. zu ſprechen.

Im Allgemeinen nun zerfällt das Syſtem der Bonorum possessio in drei Claſſen [1]).

Die beiden erſten Claſſen beruhen auf der Vorausſetzung eines vorhandenen Teſtaments. Das Edict ſelbſt nimmt jedoch dabei nur Rückſicht auf ſchriftliche Teſtamente. Nämlich:

Die erſte Claſſe bildet die Bonorum possessio contra tabulas, ſtattfindend in dem Falle, da in dem vorhandenen ſchriftlichen Teſtamente des Verſtorbenen gewiſſe Deſcendenten präterirt ſind. Es iſt eine Bonorum possessio gegen den Inhalt des Teſtaments.

Die zweite Claſſe macht die Bonorum possessio secundum tabulas aus, welche der Prätor dem in einem vorhandenen ſchriftlichen Teſtamente eingeſetzten Erben, in Gemäßheit

1) Ulp. XXVIII. §. 1. §. 3. I. h. t. (III, 9. al. 10.)

des Teſtaments anbietet. Sie heißt auch Bonorum possessio juxta tabulas [2]), desgleichen adversus tabulas [3]).

Wenn nun aber auch nach dem Edicte dieſe beiden Claſſen jederzeit ein ſchriftliches Teſtament vorausſetzen, ſo wandte man doch, wenigſtens in ſpäterer Zeit, die Beſtimmungen des Edicts analoger Weiſe auch in ſolchen Fällen an, wo das vorhandene Teſtament ein mündliches war. Man gab da eine Bonorum possessio contra oder secundum nuncupationem [4]).

Bei der dritten Claſſe geht der Prätor von der Vorausſetzung aus, daß ein Teſtament entweder gar nicht vorhanden iſt, oder daß wenigſtens Niemand in Beziehung auf das etwa vorhandene Teſtament Bonorum posssessio agnoſcirt hat, weder gegen daſſelbe, noch auch in Gemäßheit deſſelben, ſo daß es inſofern als nicht vorhanden anzuſehen iſt. Der allgemeine Ausdruck nun, womit jede in dieſe Claſſe gehörende Bonorum possessio bezeichnet wird, iſt Bonorum possessio intestati. Ich ſage jede hieher gehörige Bonorum possessio: denn dieſe Claſſe zerfällt wieder in eine Reihe von Ordnungen; eben wie wir dergleichen Ordnungen auch auf dem Gebiete der civilen Inteſtaterbfolge kennen gelernt haben.

Es ſind nämlich dieſer Ordnungen vier:

In der erſten Ordnung ruft der Prätor gewiſſe Deſcendenten zur Bonorum possessio; eben dieſelben, denen er im Fall der Präterition Bonorum possessio contra tabulas anbietet. Dieſe Bonorum possessio wird unde liberi genannt [5]). Ueber die eigentliche Bedeutung dieſer Benennung iſt man nicht einerlei Meinung: Die Meiſten halten dafür, in der auf dieſe Bonorum possessio ſich beziehenden Stelle des Edicts ſeien gleich zu Anfange die Worte »unde liberi« vorgekommen, und es habe daher mit dem Ausdrucke Bonorum possessio unde liberi eine ganz ähnliche Bewandtniß, wie mit den Ausdrücken:

2) Ulp. XXIII. §. 6.
3) Ulp. XXVIII. §. 1.
4) L. 1. C. d. B. P. contra tabb. liberti. VI, 13. L. 8. §. ult. D. d. B. P. s. t. XXXVII, 11. L. 2. C. eod. VI, 11.
5) Siehe Inscript. Titt. Dig. XXXVIII, 6. Si tabulae testamenti nullae exstabunt, unde liberi. Cod. VI, 14. Unde liberi.

Interdictum utrubi, Interdictum uti possidetis u. ſ. w. Nach einer andern Meinung aber iſt Bonorum possessio unde liberi eine elliptiſche Redensart, die gehörig vervollſtändigt ſo lauten würde: Bonorum possessio ex ea parte edicti, unde liberi vocantur. Eine gleiche Verſchiedenheit der Erklärung findet Statt auch in Bezug auf die Benennung der folgenden Ordnungen der Bonorum possessio intestati.

Die zweite Ordnung umfaßt alle diejenigen, welche ein civiles Succeſſionsrecht ab intestato haben. Hier alſo finden ſämmtliche legitimi heredes ihre Stelle. Auch heißt dieſe Bonorum possessio demgemäß Bonorum possessio unde legitimi[6]).

In der dritten Ordnung bietet der Prätor bis zu einem gewiſſen Grade allen und jeden Verwandten des Verſtorbenen die Bonorum possessio an, ſie ſeien ihm nun durch Agnation verwandt, oder durch bloße Cognation. Dies iſt die Bonorum possessio unde cognati[7]).

Endlich in der vierten und letzten Ordnung wird der überlebende Ehegatte zur Erbfolge berufen. Dieſe Bonorum possessio heißt unde vir et uxor[8]).

Nun muß ich aber noch ganz beſonders auf folgenden Umſtand aufmerkſam machen: Oefters finden ſich die Merkmale mehrer Claſſen und Ordnungen in einem und demſelben Subjecte vereinigt. Und ſo kann es denn namentlich kommen, daß, was die Bonorum possessio intestati betrifft, eine und dieſelbe Perſon in mehr als Einer Ordnung ihre Stelle findet, in der einen wegen dieſer, in der andern wegen jener Beziehung. So gehören z. B. die Sui des Verſtorbenen zu den Liberi, zugleich gehören ſie auch zu den Legitimi und zu den Cognati. Die Emancipati aber, für welche ebenfalls der Begriff der Liberi paßt, ſind zwar von der Ordnung der Legitimi ausgeſchloſſen, nicht aber von der Ordnung der Cognati u. ſ. w.

6) Siehe Inscript. Titt. Dig. XXXVIII, 7. Unde legitimi. Cod. VI, 15. Unde legitimi etc.

7) Siehe Inscript. Titt. Dig. XXXVIII, 8. Unde cognati. Cod. VI, 15. Unde legitimi et unde cognati.

8) Siehe Inscript. Titt. Dig. XXXVIII, 11. Unde vir et uxor. Cod. VI, 18. Unde vir et uxor.

Ganz zuletzt fand ſich nun aber in dem Edicte noch eine allgemeine Clauſel, vermittelſt deren der Prätor erklärte: Er werde auch allen denjenigen Bonorum possessio ertheilen, denen etwa in einer Lex oder in einem Senatusconsultum eine Bonorum possessio zugeſichert ſein möchte [9]).

B. Ueber das gegenſeitige Verhältniß. (§. §. 982. 983.)

§. 982.

a. Der verſchiedenen Claſſen und Ordnungen.

Sobald Jemand, der einer früheren Claſſe oder Ordnung angehört, rechtzeitig Bonorum possessio agnoſcirt, ſo ſchließt er dadurch alle folgende Claſſen und Ordnungen aus. Wenn aber Niemand vorhanden iſt, der einer früheren Claſſe oder Ordnung angehört; oder wenn der wirklich Vorhandene die ihm angebotene Bonorum possessio ausſchlägt, oder ſie wenigſtens nicht innerhalb der vorſchriftsmäßigen Friſt agnoſcirt; ſo kommt dann die nächſtfolgende Claſſe oder Ordnung an die Reihe. Denn es gilt in dem Syſtem der Bonorum possessio eine durchgängige Succeſſion der Claſſen und Ordnungen.

Hierbei iſt nun aber noch der Umſtand zu berückſichtigen, daß, wie wir vorhin geſehen haben, Einer und derſelbe in verſchiedenen Beziehungen zur Bonorum possessio berufen ſein kann, dergeſtalt, daß er in der einen Beziehung früher, in der andern ſpäter an die Reihe kommt. Wenn nun ein Solcher die ihm früher angebotene Bonorum possessio ausgeſchlagen hat, oder wenn er es wenigſtens verſäumt hat, ſie rechtzeitig zu agnoſciren, ſo iſt ihm dadurch der Zugang zu der in anderer Beziehung ihm ſpäter angebotenen Bonorum possessio keineswegs

9) DIG. XXXVIII, 14. (15.) Ut ex Legibus, Senatusve consultis bonorum possessio detur. Vgl. §. 7. I. h. t. L. 3. D. unde legitimi. XXXVIII, 7. (8.) »Generaliter igitur sciendum est, quotiescunque vel lex vel senatusconsultum defert hereditatem, non etiam bonorum possessionem, ex hac parte eam peti oportere; cum vero etiam bonorum possessionem dari jubet, tum et ex illa parte, qua ex legibus peti debere, sed et ex hac parte poterit.«

verſperrt. Z. B.: Setzen wir, es ſtirbt Jemand intestatus, ohne andere Kinder zu hinterlaſſen, als einen emancipirten Sohn. Dieſer nun kann innerhalb eines Jahres die Bonorum possessio unde liberi agnoſciren. Verſäumt er, dies zu thun, ſo kommt es darauf an, ob etwa Legitimi vorhanden ſind. Iſt dieſes der Fall, und agnoſciren dieſe Legitimi ihrer Seits wirklich Bonorum possessio, ſo bleibt dem Emancipirten weiter nichts übrig. Sind aber Legitimi überall nicht vorhanden, oder machen ſie von ihrem Rechte keinen Gebrauch, ſo hat der Emancipirte nun abermals Ein Jahr, um Bonorum possessio unde cognati zu agnoſciren.

§. 983.

b. Mehrer zu derſelben Claſſe und Ordnung gehöriger Perſonen.

Die Frage iſt die: Gelangen die mehren zu einer und derſelben Claſſe, und, wo es in einer Claſſe mehre Ordnungen gibt, die zu einer und derſelben Ordnung gehörenden Perſonen insgeſammt und neben einander zur prätoriſchen Erbfolge — oder findet unter ihnen eine Reihenfolge Statt?

Diejenigen, die in der erſten Claſſe ihre Stelle finden, ſuccediren insgeſammt neben einander; daſſelbe gilt von der zweiten Claſſe, und in der dritten von der erſten Ordnung — alſo von der Bonorum possessio unde liberi.

Dagegen findet in der Ordnung der Legitimi bei der Bonorum possessio derſelbe Vorrang Statt, welchen die civilrechtliche Succeſſionsordnung vorſchreibt. Nur daß durch die bloße Exiſtenz von Sui heredes die übrigen Legitimi nicht ausgeſchloſſen werden. Wenn von den etwa vorhandenen Sui keiner weder Bonorum possessio unde liberi, noch auch Bonorum possessio unde legitimi agnoſcirt, ſo geſtattet der Prätor dem nächſten anderweitigen Legitimus Bonorum possessio unde legitimi zu agnoſciren [1]). — In dem Ordo cognatorum finden wir ebenfalls eine Reihenfolge; der nächſte Grad geht dem entfernteren vor, ſo jedoch, daß dabei eine Successio gra-

1) Gaj. III. §. 37.

duum eintritt. — Für die letzte Ordnung der **Bonorum possessio intestati**, nämlich für die **Bonorum possessio unde vir et uxor** fällt unſere Frage ganz und gar weg: hier ſuccedirt immer nur Einer.

Uebrigens, wo Mehre neben einander zur Succeſſion berufen ſind — da findet auch bei der **Bonorum possessio** das **Jus accrescendi** Anwendung [2]).

§. 984.

C. Von dem bei dem Syſteme der Bonorum possessio zum Grunde liegenden Zwecke.

Der Zweck des Prätors beſtand zunächſt darin:

1. Das in ſo enge Grenzen eingeſchloſſene Syſtem der civilrechtlichen Erbfolge zu erweitern und zu ergänzen.

2. Daſſelbe in ſeinen Wirkungen da zu hemmen, wo die auf älteren Anſichten beruhende Strenge deſſelben mit der billigeren Anſicht ſpäterer Zeit im Widerſpruch zu ſein ſchien.

Wir können beides ſo zuſammenfaſſen: Der Prätor ging zunächſt darauf aus, das civilrechtliche Syſtem abzuändern und es zu verbeſſern: Eine reine, bloße Ergänzung erkennen wir in der **Bonorum possessio unde cognati**, und in der **Bonorum possessio unde vir et uxor**. In anderen Fällen aber ſehen wir Ergänzungen des civilrechtlichen Syſtems und Eingriffe in daſſelbe verbunden. Der Prätor ſetzt gewiſſe Deſcendenten, welche keine **Sui** waren und welche alſo **Jure civili** unbedenklich präterirt werden konnten, durch die Fiction der Suität den **Suis** gleich; er gab ihnen eine **Bonorum possessio contra tabulas**; dadurch ſahen ſich nun aber die im Teſtamente eingeſetzten Erben, welche **Jure civili** ein unbezweifeltes Recht auf die Erbſchaft hatten, oftmals ausgeſchloſſen, oder wenigſtens in ihren auf das Teſtament gegründeten Anſprüchen beſchränkt. — Ferner: Der Prätor gab dem von dem Verſtorbenen ernannten Erben in gar manchen Fällen eine **Bonorum possessio secun-**

2) Siehe **Tit. Cod. VI, 10. Quando non petentium partes petentibus accrescant.**

Digitized by Google

dum tabulas, in denen das Teſtament nach Grundſätzen des Civilrechts ungültig war, in denen nun aber doch die Billigkeit offenbar dafür ſprach, das Teſtament aufrecht zu erhalten. Inſoweit alſo ergänzte der Prätor das Syſtem des Civilrechts. Auf der andern Seite aber lag darin nun zugleich ein Eingriff in die Rechte derer, welche Jure civili ab intestato die Erbſchaft in Anſpruch zu nehmen befugt waren. — Endlich: Der Prätor ſetzt gewiſſe Deſcendenten, die Jure civili von der Inteſtaterbfolge ausgeſchloſſen waren, hinſichtlich dieſer den Sui gleich, und auf dieſe Weiſe ergänzte er das Syſtem des Civilrechts. Zugleich aber beeinträchtigte er dadurch die Rechte, welche Jure civili theils den Sui zuſtanden, und theils den Agnaten. Die Sui hätten ſonſt die Erbſchaft allein erhalten; jetzt ſollten ſie häufig einen Theil der Erbſchaft an Nicht-Sui abgeben; dieſe ſollten mit ihnen concurriren. Die Agnaten aber ſollten durch dergleichen Deſcendenten ſogar gänzlich ausgeſchloſſen werden.

Alſo der Prätor ging zunächſt darauf aus, das Syſtem des Civilrechts durch neue Succeſſionsrechte zu verbeſſern. Dabei jedoch blieb er nicht ſtehen. Vielmehr nahm er die ſchon in dem Civilrechte begründeten Succeſſionsrechte in das Syſtem der Bonorum possessio mit auf — und inſofern alſo *beſtätigte* er das Civilrecht. Daher heißt es im §. 1. I. h. t.:

> »Aliquando tamen neque *emendandi*, neque *impugnandi* veteris juris, sed magis *confirmandi* gratia pollicetur bonorum possessionem.«

Nicht bloß denen bot er Bonorum possessio an, die nur durch ihn zur Erbſchaft gelangen konnten, ſondern auch denen, welche ſchon Jure civili ein Recht der Succeſſion hatten. Daher verſprach er die Bonorum possessio contra tabulas nicht etwa bloß den präterirten Emancipirten, ſondern zugleich auch den präterirten Sui, dieſen überlaſſend, ob ſie ihr Recht als Heredes oder als Bonorum possessores geltend machen wollten. — Ferner: Bonorum possessio secundum tabulas konnte nicht nur der haben, der ſich auf ein Jure civili ungültiges Teſta-

ment ſtützte, ſondern auch ſolche Perſonen konnten ſie erhalten, welche in einem nach aller Strenge vollgültigen Teſtamente inſtituirt waren, wenn es nur zugleich die ſieben Siegel hatte. — Eben ſo bezog ſich die Bonorum possessio unde liberi nicht weniger auf die Sui, als auf die Emancipati. — Und die Bonorum possessio unde legitimi endlich war durch und durch nur beſtätigender Art; ſie ward lediglich und allein denjenigen angeboten, welche Jure civili die Erbſchaft in Anſpruch nehmen konnten. — Auch hierin zeigt ſich die Analogie desjenigen, was der Prätor in Hinſicht des Eigenthums beobachtete. Die Publiciana actio war zunächſt nur für den prätoriſchen Eigenthümer beſtimmt; aber wollte der wahre, civile Eigenthümer ſich ihrer bedienen, ſo ward ihm dies verſtattet: Jener hatte nur die Publiciana actio; dieſer hatte die Wahl zwiſchen ihr und der Rei vindicatio.

Auf dieſe Weiſe umfaßte alſo das Edict alle möglichen Succeſſionsverhältniſſe, die civilen ſowohl, als die bloß prätoriſchen. Und dies nun diente nicht bloß dazu, den Jure civili zur Erbſchaft Gerufenen der eigenthümlichen Vortheile des neuen Inſtituts ebenfalls theilhaftig zu machen [1]), ſondern es hatte überdies den weſentlichen Nutzen, daß dadurch auf die leichteſte und bequemſte Weiſe die Rangordnung aller Succeſſionsrechte bezeichnet werden konnte.

Dieſe Bemerkung führt uns auf eine der allerwichtigſten Fragen in der ganzen Lehre von der Bonorum possessio — die aber dennoch von unſeren neueren Juriſten lange Zeit ganz und gar überſehen worden iſt, bis Hugo [2]) auf die Wichtigkeit derſelben aufmerkſam gemacht hat — ich meine die Frage nach dem praktiſchen Verhältniſſe der Bonorum possessio zur Hereditas.

1) Vgl. Gaj. III. §. 34.
2) In ſeiner bekannten Inaugural-Diſſertation: De bonorum possessionibus. Hal. 1788. 4.

D. Ueber das Zuſammenbeſtehen der Bonorum possessio und der Hereditas. (§. §. 985—987.)

§. 985.

A. Vorerinnerung.

Das Syſtem der Bonorum possessio iſt in vielen Beziehungen ein anderes, als das Syſtem der civilrechtlichen Erbfolge. Beide Syſteme enthalten nicht ſelten ganz entgegengeſetzte Beſtimmungen. Und ſo kann namentlich folgender Fall eintreten: Derjenige, dem nach Grundſätzen des prätoriſchen Rechts die Erbſchaft zukommt, hat Bonorum possessio agnoſcirt. Neben ihm aber iſt ein Anderer vorhanden, der Jure civili die Erbſchaft in Anſpruch nehmen kann. Natürlich entſteht hier die Frage: Wie wird es am Ende mit der Erbſchaft werden? Wird ſie dem Bonorum possessor verbleiben, oder wird ſie ihm durch den Civilerben können entriſſen werden? Oder, um die Frage techniſch auszudrücken: Wird die Bonorum possessio eine Bonorum possessio cum re ſein, oder aber eine Bonorum possessio sine re? Nämlich cum re heißt die Bonorum possessio alsdann, wenn ſie dem prätoriſchen Erben durch den Civilerben nicht entriſſen werden kann; im entgegengeſetzten Falle heißt ſie sine re[1]). Die Beantwortung dieſer Frage beruht auf zwei Hauptgrundſätzen. Nach dem einen wird die civilrechtliche Erbfolge beſchränkt durch die prätoriſche; nach dem zweiten wird umgekehrt die prätoriſche Erbfolge beſchränkt durch die auf das Civilrecht gegründete. Beide Syſteme beſchränken ſich alſo gegenſeitig, und eben dadurch wird es möglich, daß ſie neben einander beſtehen, und erklärlich, daß ſie auch in unſeren Quellen durchweg als nebeneinander beſtehend behandelt werden.

1) Gaj. II. §. 148. III. §. 35. Ulp. XXVIII. §. 13.

§. 986.

B. Ueber die Beſchränkung der civilrechtlichen Erbfolge durch die prätoriſche.

Dieſe Beſchränkung beruht auf dem Grundſatze, daß die **Rangordnung** der Succeſſionsrechte durch das **Edict** beſtimmt wird. Hieraus folgt:

1. Gehört das Succeſſionsrecht des Civilerben in den Bereich einer ſpäteren Claſſe oder Ordnung der Bonorum possessio, ſo iſt die Bonorum possessio des prätoriſchen Erben ihrem ganzen Umfange nach cum re.

2. Beruft das Edict den Civilerben mit dem prätoriſchen Erben zugleich zur Erbfolge, ſo iſt die Bonorum possessio dieſes letzteren nur in Anſehung desjenigen Theils cum re, der in dem Edicte ihm gerade angewieſen iſt.

Ich will das Geſagte nunmehr durch die Bezeichnung einzelner Fälle erläutern:

1. Wenn der Teſtator einen Emancipatus präterirt hat, ſo iſt, nach den Grundſätzen des Civilrechts vor der Nov. 115., das Teſtament gültig. Dennoch aber gelangt, in der Regel wenigſtens, der eingeſetzte Erbe nicht zur Erbſchaft, ſobald der präterirte Emancipatus die Bonorum possessio contra tabulas agnoſcirt — denn nach dem Edicte geht die Erbfolge gegen das Teſtament der Erbfolge in Gemäßheit deſſelben vor [1]).

2. Denken wir uns ein Jure civili ungültiges Teſtament, welches der Prätor als gültig behandelt. Hier gebührt die Erbſchaft Jure civili den Inteſtaterben. Aber agnoſciren die Teſtamentserben Bonorum possessio secundum tabulas, ſo ſchließen ſie die Inteſtaterben aus, weil die Bonorum possessio secundum tabulas nach dem Edicte der Bonorum possessio intestati vorgeht [2]). Nach vorjuſtinianiſchem Rechte war allerdings das Vorzugsrecht desjenigen, welcher Bonorum possessio secundum tabulas agnoſcirt hatte, kein unbedingtes [3]). Allein im Geiſte

1) L. 13. pr. D. d. B. P. c. t. XXXVII, 4.

2) L. 12. pr. D. d. injusto, rupto, irrito etc. XXVIII, 3.

3) Siehe Gaj. II. §. 118. folg. u. §. 147. folg. Selbſt cit. L. 12.

des Juſtinianiſchen Rechts ſcheint jenes Vorzugsrecht als ein unbedingtes behandelt werden zu müſſen.

3. Der **Emancipatus** hat nach dem Rechte vor der **Nov. 118.** kein civiles Recht der Inteſtaterbfolge. Wenn alſo neben ihm ein Agnat vorhanden iſt, ſo würde **Jure civili** dieſer die Erbſchaft in Anſpruch nehmen können. Aber nichts deſtoweniger wird der Agnat durch den **Emancipatus** ausgeſchloſſen, ſobald dieſer **Bonorum possessio unde liberi** agnoſcirt, weil die **Bonorum possessio unde liberi** der **Bonorum possessio unde legitimi** vorgeht.

4. Angenommen, es ſtirbt Jemand **intestatus** mit Hinterlaſſung zweier Söhne, **A.** und **B.**: **A.** iſt **Suus**, **B.** iſt emancipirt. **Civili jure** gebührt hier die ganze Erbſchaft dem **A.**; das Edict aber beruft beide, **A.** und **B.**, neben einander zur Erbfolge, jeden in einer Hälfte. Wenn daher bloß **B. Bonorum possessionem unde liberi** agnoſcirt, und auf dieſe Weiſe zum alleinigen Beſitz der Erbſchaft gelangt, ſo wird er ſich gegen die **Hereditatis petitio** des **A.** zwar nicht im Beſitze des Ganzen, wohl aber im Beſitze einer Hälfte behaupten können; inſofern wird ſeine **Bonorum possessio cum re** ſein.

§. 987.

C. Ueber die Beſchränkung der prätoriſchen Erbfolge durch die auf das Civilrecht gegründete.

Der Grundſatz, mit dem wir es hier zu thun haben, lautet ſo: Inwieweit der prätoriſche Erbe den Rang nicht für ſich hat, inſoweit iſt das Recht des Civilerben das ſtärkere; inſoweit alſo iſt die **Bonorum possessio sine re.**

Dies bedarf nun aber noch einiger Erläuterung:

Wir ſetzen voraus, es iſt neben dem **Jure civili** zur Erbfolge Berufenen Keiner vorhanden, der ihm nach der Ordnung des Edicts vorginge. Alsdann iſt es ſeiner Wahl überlaſſen, ob er als Civilerbe auftreten, oder ſich als **Bonorum possessor**

pr. D. d. injusto, rupto, irrito etc. (Ulpianus.) enthält noch eine Andeutung dieſes älteren Rechts.

Digitized by Google

geriren will. Wählt er das Letzte, ſo iſt er an die im Edicte für die Agnition der Bonorum possessio vorgeſchriebene Friſt gebunden. Zieht er aber vor, das ihm Jure civili zuſtändige Succeſſionsrecht als ſolches geltend zu machen, ſo gehen die Friſten der Bonorum possessio ihn nichts an. Wie ſpät er auch immer als Civilerbe auftreten mag, immer wird er gegen denjenigen, der in der Zwiſchenzeit Bonorum possessio agnoſcirt haben mag, ſein Recht mittelſt der Hereditatis petitio geltend machen können, wofern er nur nicht ſo lange geſäumt hat, daß die Hereditatis petitio verjährt iſt [1]). Denken wir uns daher, es iſt ein vollgültiges Teſtament vorhanden. Der einſtweilige Erbe aber findet nicht für gut, Bonorum possessio secundum tabulas zu agnoſciren, indem er ſich auf das ihm Jure civili zuſtändige Jus succedendi verläßt. Dadurch wird derjenige, der ab intestato ſuccediren würde, veranlaßt ſeiner Seits Bonorum possessio zu agnoſciren. Dies iſt für den Teſtamentserben ohne Nachtheil; die Bonorum possessio iſt eine Bonorum possessio sine re [2]).

Uebrigens werden die Fälle, in welchen unſer Grundſatz ſich wirkſam erweiſ't, keineswegs immer ſo gerade beſchaffen ſein, daß der Civilerbe dem Bonorum possessor die ganze Erbſchaft abſtreiten könnte. Es kann ſein, daß der Bonorum possessor nur in Anſehung eines Theils der Erbſchaft den Rang nicht für ſich hat, und dann wird ſeine Bonorum possessio auch nur hinſichtlich dieſes Theils sine re ſein. So in dem Falle, welchen ich im vorigen Paragraphen unter Nr. 4. angeführt habe. Wir dachten uns: Es ſtirbt Einer intestatus mit Hinterlaſſung eines suus filius A. und eines emancipatus filius B. Hier wird, wenn B. allein Bonorum possessio agnoſcirt und nunmehr A. als Civilerbe auftritt, die Bonorum possessio des B. nur zur Hälfte sine re ſein.

1) Gaj. III. §. 34. §. 1. I. h. t. (III, 9. (10.)) Theoph. ad h. l.

2) Gaj. III. §. 36. Andere Beiſpiele enthält Gaj. III. §. 37.

§. 988.

E. Von dem Interdictum quorum bonorum.

† DIG. XLIII, 2. † COD. VIII, 2. Quorum bonorum.

Die Benennung des Interdictes rührt her von den Anfangsworten der dafür in dem Edict enthaltenen Formel [1]).

Das Interdict iſt ein Interdictum adipiscendae possessionis. Es kann daher nur angeſtellt werden von demjenigen, welcher weder gegenwärtig im Beſitz iſt, noch auch früher etwa im Beſitze war [2]). Und zwar iſt es ein dem Bonorum possessor eigenthümliches Rechtsmittel. Die darauf Bezug habende Stelle des Edicts ſpricht nur von ihm, nicht von dem Heres. S. Note 1. Und Gajus [3]) ſetzt eben in die Möglichkeit, ſich des Interdicts zu bedienen, den Vortheil, welchen es dem Heres verſchafft, wenn er Bonorum possessio agnoſcirte. Auch in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern wird überall, wo von dem Interdict die Rede iſt, bloß des prätoriſchen Erben gedacht. Nur in Einer Stelle, nämlich in der L. 1. C. h. t., iſt der Ausdruck von der Art, daß man auf den erſten Blick zweifelhaft werden kann. Und dieſe Stelle iſt es denn auch, welche Viele von den Neueren veranlaßt hat, anzunehmen, man habe in ſpäterer Zeit auch dem Heres, als ſolchem, geſtattet, ſich des Interdictum quorum bonorum zu bedienen. Die Stelle iſt ein Reſcript des Septimius Severus und lautet, inwieweit ſie hieher gehört, ſo:

»Quamvis enim bonorum possessionem praeteritus agnovisti, tamen interdicto quorum bonorum non

1) Dieſe Formel iſt uns aufbehalten in der L. 1. pr D. h. t. »Ait Praetor: Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve, si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas.«

2) In dem §. 3. I. d. interd. IV, 15. wird dieſer Punkt ganz beſonders hervorgehoben: »Ideo autem adipiscendae possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem: itaque si quis adeptus possessionem amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est.«

3) Gaj III. §. 34.

aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris.«

Daß hier nun »ad hereditatem vel bonorum possessionem« ſteht, das iſt es, was den Schein erregen kann, als ob auch der Heres das Interdictum quorum bonorum hätte. Allein ohne Zweifel hat Cujacius [4]) Recht, wenn er das vel in unſerer Stelle nicht in der disjunctiven, ſondern in der explicativen Bedeutung nimmt, alſo für »id est.« Nämlich Hereditas iſt hier in der allgemeineren Bedeutung gebraucht, in welcher darunter die civile und die prätoriſche Erbfolge begriffen ſind, und dieſer allgemeine Begriff wird nun durch das hinzugefügte »vel bonorum possessionem« auf die Bonorum possessio beſchränkt. Hiernach iſt alſo das Interdictum quorum bonorum auch im Juſtinianiſchen Rechte noch ein dem prätoriſchen Erben eigenthümliches Rechtsmittel.

Beklagter iſt derjenige, welcher körperliche zur Erbſchaft gehörige Sachen in Händen hat [5]). Dem wirklichen Inhaber wird jedoch derjenige gleichgeachtet, qui dolo malo fecit, ut desineret possidere [6]). Uebrigens iſt nun aber doch der Beſitz allein noch nicht hinreichend, ſondern es kommt auch hier, wie bei der Hereditatis petitio, auf den Grund des Beſitzes an: das Interdict kann nur angeſtellt werden gegen den, welcher pro herede oder pro possessore beſitzt [7]).

Der Zweck des Interdicts iſt dieſer: Der Kläger verlangt, daß der Beklagte die zur Erbſchaft gehörigen Sachen, welche er in Händen hat, herausgebe, daß er ihm den Beſitz derſelben einräume [8]). Iſt der Beklagte nicht wirklich im Beſitze, wird er nur als Beſitzer angeſehen, ſo muß er, wenn er nicht etwa doch die Sachen ſelbſt herbeizuſchaffen vermag, das Intereſſe leiſten.

4) Recitatt. ad Codicem ad h. l.

5) L. 2. D. h. t. »Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores.«

6) cit. L. 1. pr. D. h. t. (S. Note 1.) L. 2. C. h. t.

7) cit. L. 1. pr. D. h. t. cit. L. 2. C. h. t. cit. §. 3. I. d. interd. IV, 15.

8) cit. §. 3. I. eod. cit. L. 1. pr. D. h. t. L. 3. C. h. t.

Allerdings muß nun aber der Kläger, um den angegebenen Zweck zu erreichen, nachweiſen, daß er **Bonorum possessio** agnoſcirt habe, und daß es mit dem factiſchen Verhältniß, welches dieſer Agnition der **Bonorum possessio** zum Grunde liegt, ſeine Richtigkeit habe [9]). Auch darf der Beklagte nicht etwa ein ſtärkeres Recht haben. Nach der herrſchenden, freilich nicht unbeſtrittenen, Anſicht iſt indeſſen die Verhandlung über das Interdict ſummariſch. Und daher kann der Beklagte mit der Behauptung, ein beſſeres Recht zu haben, als der Kläger, nur dann gehört werden, wenn er daſſelbe ſofort darzuthun im Stande iſt; außerdem muß er mit ſeinen Anſprüchen **ad separatum** verwieſen werden [10]). — Hat der Beklagte ein gleiches Recht, was er ſofort darthun kann, ſo wird er zwar nicht angehalten werden können, dem Kläger den ausſchließlichen Beſitz einzuräumen; aber er wird ihn doch zum Mitbeſitze zulaſſen müſſen.

II. Von den verſchiedenen Claſſen und Ordnungen der Bonorum possessio im Einzelnen.
(§. §. 989 — 993.)

A. Im Fall der Beerbung eines Solchen, der nicht emancipirt worden. (§. §. 989 — 992.)

§. 989.

A. Von der Bonorum possessio contra tabulas *).

† DIG. XXXVII, 4. De bonorum possessione contra tabulas. XXXVII, 5. De legatis praestandis, contra tabulas bonorum possessione petita. — † COD. VI, 12. De bonorum possessione contra tabulas, quam Praetor liberis pollicetur.

Die Bonorum possessio contra tabulas ſetzt voraus, daß

9) cit. L. 1. C. h. t.

10) Dieſe Anſicht ſtützt ſich vornämlich auf die L. 22. Th. C. quor. appellationes non recipiantur. XI, 36., und auf L. 3. C. h. t. Beſtritten iſt dieſelbe von v. Savigny, in der Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtsw. Bd. V. S. 1. folg. Bd. VI. S. 229. folg.

*) Ich werde in dieſem § immer nur die Bonorum possessio contra tabulas nennen; aber, was ich von dieſer ſage, gilt auch von der Bonorum possessio contra nuncupationem.

ein Mann geſtorben ſei, mit Hinterlaſſung eines Teſtaments. Ich ſage, ein Mann — denn gegen Teſtamente der Frauen gibt es keine Bonorum possessio [1]).

Ferner: Das vorhandene Teſtament muß, wegen Präterition eines oder auch mehrer Deſcendenten, nach prätoriſchem Rechte fehlerhaft ſein. Im Uebrigen aber muß es ſo beſchaffen ſein, daß die Erbſchaft auf den Grund deſſelben erworben werden kann, es ſei nun Jure civili, oder vermittelſt einer Bonorum posssessio secundum tabulas. Der Fehler muß alſo bloß in der Präterition liegen [2]).

Es wird nunmehr

zuerſt zu ſprechen ſein von den Perſonen, welchen der Prätor Bonorum possessio contra tabulas anbietet; ſodann

zweitens von den Wirkungen, welche die Agnition dieſer Bonorum possessio mit ſich führt.

I. Der Prätor bietet die Bonorum possessio contra tabulas theils den präteriten Perſonen ſelbſt, theils gewiſſen Inſtituirten an. Wir wollen

A. zunächſt bei den Präterirten ſtehen bleiben.

Zu dieſen gehören

1. die präterirten Sui [3]).

2. Diejenigen, welche wegen erfolgter Emancipation, oder wegen einer In adoptionem datio keine Sui ſind, ohne jene Emancipatio, ohne jene In adoptionem datio aber Sui ſein würden [4]). Nur darf, wie ich vorläufig ſchon im §. 858. bemerkt habe, durch die Emancipation oder durch die In adoptionem datio das Kindesverhältniß nicht gänzlich aufgehoben ſein [5]); auch darf der Präterirte bei dem Tode des Teſtators keiner fremden Familie angehören; und eben ſo wenig darf er ſpäter etwa, noch ehe er Bonorum possessio agnoſcirt hat, in eine fremde Familie übergegangen ſein [6]).

1) L. 4. §. 2. D. h. t. » . . . . quia suos heredes non habent.«

2) L. 19. D. h. t.

3) §. 12. I. d. heredit. quae ab intest. defer. III, 1.

4) §. §. 3. 4. I. d. exheredat. liberor. II, 13. — L. 6. pr. D. h. t. — L. ult. pr. D. eod.

5) cit. §. 4. I. d. exheredat. liberor. II, 13. cit. §. 12. I. d. heredit. quae ab intest. defer. III, 1.

6) S. Note 5. und L. 3. §. 6. L. 6. §. 4. D. h. t.

Dies die Perſonen, welche nicht präterirt werden dürfen. Was aber den prätoriſchen Begriff der Präterition ſelbſt betrifft, ſo kann ich deshalb verweiſen auf den §. 859.

Bisher war die Rede nur von der den Präterirten angebotenen Bonorum possessio. Aber die Exiſtenz eines Solchen, welcher als Praeteritus Bonorum possessio contra tabulas agnoſciren kann, verſchafft nun

B. auch den *inſtituirten Kindern* die Befugniß, ſich der Bonorum possessio contra tabulas zu bedienen 7). Man pflegt dies ſo auszudrücken: Commisso per alium edicto kann auch der Institutus Bonorum possessio contra tabulas agnoſciren.

Jedoch wird in der Regel vorausgeſetzt, daß der Inſtituirte ein ſolcher ſei, der, wenn er präterirt wäre, die Bonorum possessio contra tabulas aus eigenem Rechte haben würde. Es iſt daher Ausnahme von der Regel, daß die Bonorum possessio contra tabulas auch denjenigen Inſtituirten zugeſtanden wird, die ſich in einer fremden Familie befinden 8). Uebrigens iſt das Recht der Inſtituirten auf die Bonorum possessio contra tabulas nur durch die *Coexiſtenz* eines Präterirten bedingt, nicht aber dadurch, daß dieſer ſeiner Seits von dem ihm zuſtehenden Rechte Gebrauch mache 9).

Wie vortheilhaft gelegentlich die Coexiſtenz eines Präterirten dem Inſtituirten dadurch werden kann, daß ſie ihm das Recht der Bonorum possessio contra tabulas gewährt, ergibt ſich von ſelbſt. Es kann ſein, daß der Institutus durch die Bonorum possessio contra tabulas mehr erhält, als er auf den Grund des Teſtaments würde erhalten haben 10).

Auf den erſten Blick hat die Zulaſſung der Instituti zur Bonorum possessio contra tabulas vielleicht etwas Auffallendes.

7) L. 3. §. 11. D. h. t. »Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad contra tabulas bonorum possessionem admitti non debet: quum enim possit secundum tabulas habere bonorum possessionem, quo bonum est, ei contra tabulas dari? Plane si alius committat edictum, et ipse ad contra tabulas bonorum possessionem admittetur.«

8) L. 8. §. 11. D. h. t.

9) L. 10. §. 6. D. h. t.

10) Ein Beiſpiel dieſer Art ſiehe L. 8. §. 14. D. h. t.

Allein der Prätor folgt darin doch nur der Analogie des Civilrechts: Denn wenn Jure civili das Teſtament wegen Präterition des Einen oder des Andern nichtig iſt, ſo gelangen ja neben dem Präterirten auch die inſtituirten Kinder zur Inteſtaterbfolge.

Zum Beſchluß muß ich nun aber noch in Bezug auf alle zur **Bonorum possessio contra tabulas** Berufenen bemerken: Wer in irgend einer Art den letzten Willen des Verſtorbenen anerkannt hat, iſt von der **Bonorum possessio contra tabulas** ausgeſchloſſen [11]).

II. Was die *Wirkungen* der ertheilten **Bonorum possessio contra tabulas** betrifft, ſo iſt im Allgemeinen der Grundſatz der: Das Teſtament wird durch die gegen daſſelbe agnoſcirte **Bonorum possessio** *aufgehoben*.

Eine Folge davon iſt: Wer **Bonorum possessio contra tabulas** agnoſcirt hat, erhält von der Erbſchaft ſoviel, als ihm **ab intestato** gebührt [12]). Bei der zur Beſtimmung des Wie-Viels anzulegenden Rechnung wird jedoch keine Rückſicht genommen weder auf die im Teſtamente **rite** Exheredirten [13]), noch auf diejenigen, welche, obſchon berechtigt zur **Bonorum possessio contra tabulas**, dieſe dennoch nicht rechtzeitig agnoſcirt haben [14]).

Wir ſind ausgegangen von dem Princip: Das Teſtament iſt als *aufgehoben* zu betrachten. Dieſes Princip unterliegt indeſſen manchen *Beſchränkungen*. *Eine* dieſer Beſchränkungen iſt nur ſo eben angedeutet worden; nämlich daß die im Teſtamente enthaltenen Exheredationen bei Kräften bleiben. Aber dies iſt nicht das Einzige; denn *zweitens*: Auch die im Teſtamente angeordneten Vermächtniſſe werden oftmals aufrecht erhalten; ja es geſchieht dies gelegentlich ſelbſt mit Erbeseinſetzungen — ein Gegenſtand, worüber ich mich nachher noch näher erklären werde. Endlich *drittens* — was ſchon in der Lehre von der Pupillar-Subſtitution vorgekommen iſt — durch die ge-

11) L. 3. §. §. 15. 16. L. 14. pr. D. h. t.

12) cit. L. 8. §. 14. D. h. t.

13) L. 10. §. 5. L. 20. pr. D. h. t.

14) L. 12. pr. D. h. t.

gen das väterliche Teſtament agnoſcirte **Bonorum possessio** wird das etwa vorhandene Pupillar=Teſtament nicht aufgehoben. S. §. 846.

Ich ſagte, gelegentlich würden Vermächtniſſe und ſelbſt Erbeseinſetzungen aufrecht erhalten. Dies nun iſt ein Gegenſtand, der noch einer weiteren Ausführung bedarf, und zwar um ſo mehr, da er zu den ganz beſonders ſchwierigen gehört [15]).

Der Regel nach wird nur dasjenige aufrecht erhalten, was gewiſſen Perſonen hinterlaſſen iſt, die daher auch in unſerer Quelle unter der Bezeichnung **certae personae, exceptae personae** vorkommen. Es iſt Ausnahme von der Regel, wenn auch noch Anderes aufrecht erhalten wird [16]). Eben ſo iſt es Ausnahme, wenn umgekehrt unter beſonderen Vorausſetzungen ſelbſt die **exceptae personae** leer ausgehen [17]).

Was nun aber die Regel betrifft, ſo gehören zu den **exceptae personae**

1. die **Liberi et Parentes** des Verſtorbenen, ohne Unterſchied des Geſchlechts, und des Grades; auch kommt darauf nichts an, ob dieſe Perſonen ſich in einer fremden Familie befinden, oder nicht [18]).

Das Edict ſprach ausdrücklich nur von Legaten und Fideicommiſſen: Dieſe ſollten den **Liberis et Parentibus** erhalten werden [19]). Die Interpretation indeſſen wandte dieſe Beſtimmung an auch auf **Mortis causa donationes** [20]). Ja ſogar auf die einem Deſcendenten oder Aſcendenten im Teſtamente zugetheilte **Portio hereditatis** [21]). Dabei entſteht nun aber die Frage: wie hat man ſich dieſe Aufrechthaltung von Erbeseinſetzungen zu denken? Wir müſſen vorausſetzen, der zum Erben Ernannte hat **Jure civili** die Erbſchaft angetreten, oder, er hat ſich, Falls er etwa ein **Suus** iſt, auf den Grund der Erbesein=

15) Es bezieht ſich darauf der oben angeführte **Tit. Dig. XXXVII, 5.**

16) Auf Ausnahmen dieſer Art bezieht ſich **L. 14. pr. L. 15. §. 1. D. d. legat. praest. XXXVII, 5.**

17) Wegen der hieher gehörigen Ausnahmen ſiehe **L. 15. pr. L. 16. D. eod.**

18) **L. 1. §. 8. 1. 2. L. 3. §. 1. D. eod. L. 1. C. h. t.**

19) **L. 1. pr. D. d. legat. praest. etc. XXXVII, 5.**

20) **L. 3. pr. D. eod.**

21) **L. 5. §. 6. D. eod.**

ſetzung immiſcirt — und da ſoll er nun, ungeachtet gegen das Teſtament Bonorum possessio agnoſcirt iſt, wider die ſonſtige Regel, bei ſeinem Erbantheile geſchützt werden [22].

Es ſei nun aber die Rede von Vermächtniſſen oder von Erbantheilen, die Liberi et Parentes erhalten doch nie mehr, als eine virilis portio der Erbſchaft, alſo nie mehr, als einen Kopftheil. Beträgt das ihnen Hinterlaſſene weniger, ſo erhalten ſie Alles, was ihnen hinterlaſſen iſt; beträgt es dagegen mehr, ſo wird es auf eine virilis portio herabgeſetzt [23]. Dabei wird dann die Rechnung ſo angelegt: Es werden zunächſt diejenigen Perſonen gezählt, welche Bonorum possessio contra tabulas agnoſcirt haben; dieſe Zahl wird dann um Eine vermehrt; und, was bei gleicher Vertheilung der Erbſchaft unter ſo Viele, als durch dieſe vermehrte Zahl bezeichnet werden, auf den Einzelnen kommen würde — das iſt die virilis portio, worauf die Liberi et Parentes Anſpruch machen können. Wobei dann beſonders der Umſtand hervorgehoben zu werden verdient, daß die Liberi et Parentes immer nur zuſammengenommen einen Kopftheil erhalten [24].

2. Ferner gehört nun aber zu den exceptae personae auch die Ehefrau des Teſtators, und die Schwiegertochter deſſelben. Beide ſind jedoch nur inſoweit exceptae personae, als ihnen etwas hinterlaſſen iſt zum Behuf der Reſtitution ihrer Dos. Das Edict ſprach auch in dieſer Beziehung nur von Vermächtniſſen — die Interpretation aber ſtellte dieſen die Erbeseinſetzung gleich [25].

Das Bisherige betraf die Frage, wer die exceptae personae ſeien, und was ihnen erhalten wird. Es kann ihnen dies aber natürlicher Weiſe nur dadurch erhalten werden, daß es Andern entzogen wird — und ſo fragt es ſich denn, wem wird es entzogen? Wer hat die Laſt davon zu tragen? Im Allgemeinen ſind es zunächſt diejenigen, welche Bonorum possessio

22) L. 14. pr. D. h. t. cit. L. 15. §. 1. D. d. legat. praest. etc. XXXVII, 5.

23) L. 5. §. 7. L. 7. L. 8. §. 1. L. 15. §. 2. D. eod. cit. L. 14. pr. D. h. t.

24) L. 8. pr. D. d. legat. praest. etc. XXXVII, 5.

25) L. 8. §. §. 3–6. L. 9. L. 10. pr. et §. 1. L. 15. §. 3. D. eod.

Digitized by Google

contra tabulas agnoſcirt haben; ſie werden in demjenigen, was ihnen, nach Aufhebung des Teſtaments, an und für ſich gebührt, beſchränkt, ſowohl durch die den exceptae personae zu erhaltenden Erbantheile, als durch die denſelben ausgeſetzten Vermächtniſſe. Die Laſt der Vermächtniſſe kann ſich nun aber möglicher Weiſe auch auf ſolche Perſonen erſtrecken, welche Bonorum possessio contra tabulas nicht agnoſcirt haben, ſondern nur in ihrer Eigenſchaft als exceptae personae etwas erhalten: Wie ſie auf der einen Seite etwas erhalten, ſo können ſie auf der andern an andere exceptae personae Vermächtniſſe zu entrichten haben [26]).

Der oben aufgeſtellte Satz, daß die Laſt, von welcher hier die Rede iſt, diejenigen träfe, welche Bonorum possessio contra tabulas agnoſcirt hätten, iſt jedoch nicht ohne Ausnahme. Nämlich präterirte Sui, welche Bonorum possessio contra tabulas agnoſciren, brauchen an die exceptae personae nichts abzugeben. Ja die Exiſtenz eines präterirten Suus kommt ſogar den präterirten Nicht-Sui zu Statten [27]). Und ſo kann es denn nun möglicher Weiſe geſchehen, daß die exceptae personae leer ausgehen, weil Niemand da iſt, auf deſſen Koſten ſie das ihnen Hinterlaſſene erhalten könnten.

Alles bisher Vorgetragene bezog ſich auf die früher aufgeſtellte Regel, daß nur das den exceptae personae Hinterlaſſene aufrecht erhalten werde. Es kann nun aber auch vorkommen, daß Jemand, der durch die Bonorum possessio contra tabulas oder bei Gelegenheit derſelben zur Erbſchaft gelangt, allen und jeden Legataren haftet. Dies iſt der Fall

1. bei demjenigen Institutus, welcher, commisso per alium edicto, Bonorum possessio contra tabulas agnoſcirt hat; vorausgeſetzt nur, daß kein Praeteritus neben ihm daſſelbe thut [28]).

2. Gehören hieher die exceptae personae, inwiefern ſie ihre Erbantheile vollſtändig und unverkürzt erhalten. Die älteren

26) L. 14. §. 1. D. eod. cit. L. 16. D. eod.
27) L. 15. pr. D. eod.
28) L. 14. pr. cit. L. 15. pr. et §. 1. D. eod.

Römiſchen Juriſten waren über dieſen Punkt nicht einig — indeſſen für das Juſtinianiſche Recht ſcheint doch der eben aufgeſtellte Satz als Reſultat angenommen werden zu müſſen [29]).

§. 990.

B. Von der Bonorum possessio secundum tabulas.

† DIG. XXXVII, 2. Si tabulae testamenti extabunt. † XXXVII, 11. De bonorum possessionibus secundum tabulas. XXXVII, 13. De bonorum possessione ex testamento militis. XXXVIII, 13. (14.) Quibus non competit bonorum possessio. — † COD. VI, 11. De bonorum possessione secundum tabulas.

Wenn Niemand Bonorum possessio contra tabulas agnoſcirt, ſo kann nun der eingeſetzte Erbe Bonorum possessio secundum tabulas agnoſciren [1]).

Aber freilich iſt dies allein noch nicht hinreichend. Es kommt noch auf mancherlei Vorausſetzungen an, ohne welche eine Bonorum possessio secundum tabulas überhaupt gar nicht gegeben wird:

1. Zuerſt nämlich und vor Allem iſt erforderlich, daß der Teſtator das Jus testamenti faciendi hatte. Inwieweit dieſes nun aber von dem Status abhängt, inſoweit zeigt ſich zwiſchen den Grundſätzen des prätoriſchen Rechts und des Civilrechts folgender Unterſchied: Der Prätor verlangt nicht unausgeſetzte Fortdauer dieſes Status, ſondern wenn nur der Verſtorbene zur Zeit des errichteten Teſtaments und nachher bei ſeinem Tode ſich in dem erforderlichen Status befand, ſo gibt der Prätor den eingeſetzten Erben Bonorum possessio secundum tabulas. Es kann alſo der eingeſetzte Erbe Jure praetorio möglicher Weiſe auch auf den Grund eines Testamentum irritum zur Erbſchaft gelangen [2]). — Etwas Beſonderes hat jedoch der Fall, da das Teſtament ſeine Gültigkeit Jure civili dadurch verloren hat, daß der Teſtator aus einem Homo sui juris ein Filiusfamilias ge-

29) Man vergleiche L. 14. pr. D. h. t. (Africanus.) L. 16. D. d. legat. praest. etc. (Ulpianus.) mit L. 5. §. 8. D. eod. (Ulpianus.) L. 15. §. 1. D. eod. (Paulus.)

1) L. 2. pr. D. h. t.

2) L. 1. §. §. 8. 9. D. h. t. §. 5. (6.) I. quib. mod. testam. infirm. II, 17.

worden iſt. Hier nämlich iſt das allein noch nicht genug, daß der Teſtator bei ſeinem Tode wiederum ein **Civis suae potestatis** iſt, ſondern er muß auch nach wieder erlangter Unabhängigkeit auf irgend eine Weiſe zu erkennen gegeben haben, daß er das ehemals errichtete Teſtament aufrecht erhalten wiſſen wolle. Wo es an einer Willensäußerung dieſer Art fehlt, da ſteht dem eingeſetzten Erben, wenn er **Bonorum possessio secundum tabulas** agnoſcirt hat, und dieſe geltend machen will, eine **Doli exceptio** entgegen [3]).

2. In Bezug auf die Form des Teſtaments war es in früherer Zeit ſo: Die **Jure civili** zu beobachtenden Förmlichkeiten kamen nicht in Betracht; dagegen forderte der Prätor, daß das Teſtament ein *ſchriftliches*, und daß es von *ſieben Zeugen beſiegelt* wäre [4]). Bei militäriſchen Teſtamenten ſetzte indeſſen auch der Prätor die Berückſichtigung der Form ganz und gar bei Seite [5]). In ſpäterer Zeit ward es üblich, auch auf den Grund eines vor *ſieben Zeugen mündlich* errichteten Teſtaments **Bonorum possessio** zu geben [6]).

Im Juſtinianiſchen Rechte gelten die civilrechtlichen Beſtimmungen über die Form des Teſtaments auch für die **Bonorum possessio secundum tabulas**. Uebrigens erinnere ich an das im §. 828. Vorgetragene.

3. Das Teſtament muß unter den mehren etwa vorhandenen das *letzte* ſein [7]). — Eine Ausnahme macht der Fall, wenn der Teſtator die ſpätere teſtamentariſche Urkunde zerſtört in der Abſicht, das früher errichtete Teſtament gelten zu laſſen; hier gibt der Prätor auf den Grund des früheren Teſtaments **Bonorum possessio** [8]).

5. Die Erbeseinſetzung desjenigen, welcher die **Bonorum possessio secundum tabulas** nachſucht, muß an und für ſich eine gültige ſein [9]). Dies jedoch leidet Eine Ausnahme — wenn

3) L. 11. §. 2. D. h. t.

4) Ulp. XXVIII. §. 6. L. 7. D. h. t.

5) Hieher gehört der oben angeführte Tit. Dig. XXXVII, 13.

6) L. 2. C. h. t.

7) L. 1. §. 1. D. h. t.

8) cit. L. 11. §. 2. D. h. t.

9) L. 6. D. h. t. ». . . . Quodsi inutiliter quis sit institutus, nec ad bonorum possessionem inutilis institutio sufficit.«

nämlich ein alienus postumus inſtituirt iſt. Denn Jure civili iſt eine ſolche Inſtitution nichtig; der Prätor aber gibt jedem inſtituirten Postumus, und ſo alſo auch dem alienus Bonorum possessio secundum tabulas, ſobald er nur bei des Teſtators Tode bereits concipirt iſt [10]). Nach Juſtinianiſchem Rechte liegt jedoch hierin keine Abweichung mehr von dem Civilrecht [11]). Vergl. §. 800.

Außer den hier über die Vorausſetzungen für die Bonorum possessio secundum tabulas im Allgemeinen Geſagten verdient nun aber noch beſondere Berückſichtigung die Behandlung bedingter Erbeseinſetzungen. Das prätoriſche Recht weicht hier von dem Civilrecht in Folgendem ab:

1. Der Prätor gibt dem sub conditione eingeſetzten Erben, gegen Sicherheitsleiſtung, ſchon pendente conditione Bonorum possessio secundum tabulas, und zwar auch in ſolchen Fällen, die für die Muciana cautio nicht geeignet ſind. Davon iſt bereits im §. 820. die Rede geweſen.

2. Dem vulgariter Subſtituirten gibt der Prätor gelegentlich Bonorum possessio secundum tabulas, ungeachtet der Strenge nach die Bedingung der Vulgar-Subſtitution ausgefallen iſt — dann nämlich, wenn Jemand einem Suus ſubſtituirt iſt, der in der That Erbe geworden iſt, demnächſt aber abſtinirt hat. Hierüber verweiſe ich auf §. 975.

Aus allem Bisherigen ergibt ſich, daß der eingeſetzte Erbe in manchen Fällen, in welchen er Jure civili auf den Grund des Teſtaments nicht zur Erbſchaft gelangen würde, Jure praetorio durch das Medium der Bonorum possessio secundum tabulas zu derſelben zugelaſſen wird.

§. 991.

C. Von der Bonorum possessio intestati.

DIG. XXXVIII, 6. (6. 7.) Si tabulae testamenti nullae extabunt, unde liberi. — COD. VI, 14. Unde liberi.

10) L. 3. D. h. t. pr. I. d. B. P. III, 9. (10.)

11) cit. pr. I. eod. §. 28. I. d. legat. II, 20.

DIG. XXXVIII, 7. (8.) Unde legitimi. — COD. VI, 15. Unde legitimi et unde cognati.

INST. III, 5. De successione cognatorum. — DIG. XXXVIII, 8. (9) Unde cognati. — COD. VI, 15. Unde legitimi et unde cognati.

DIG. XXXVIII, 11. (12.) COD. VI, 18. Unde vir et uxor.

Dieſe wird gegeben, wenn entweder ein Teſtament gar nicht vorhanden iſt, oder, ungeachtet des Vorhandenſeins eines Teſtaments, Niemand weder gegen daſſelbe, noch auch in Gemäßheit deſſelben Bonorum possessio erhalten hat [1]).

Die erſte Ordnung nun der Bonorum possessio intestati iſt die Ordnung der Liberi [2]). Sie kommt vor nur bei der Beerbung eines Mannes. Denn es gehören in dieſelbe nur die Sui des Verſtorbenen, und diejenigen Nicht-Sui, welche der Prätor den Sui gleichſtellt: Es ſind dieſelben Perſonen, welchen der Prätor, im Fall der Präterition, Bonorum possessio contra tabulas anbietet [3]).

Sind der in dieſe Ordnung gehörigen Deſcendenten mehre vorhanden, ſo ſuccediren ſie insgeſammt neben einander, und die Erbſchaft wird unter ſie nach denſelben Grundſätzen vertheilt, welche Jure civili bei der Succeſſion der Sui gelten. S. §. 910. Uebrigens bringt ſchon der bloße Begriff der Suität, ſie ſei nun eine wahre, oder eine fingirte, es mit ſich, daß jeder Nähere den von ihm ſelbſt abſtammenden Entfernteren ausſchließt [4]). Einen Fall eigener Art, in welchem es anders iſt, werden wir kennen lernen im §. 992.

In der zweiten Ordnung finden die Legitimi ihre Stelle [5]); und zwar in der Art, daß der Prätor ſich auch in Bezug auf den Vorrang und auf die Vertheilung der Erbſchaft

1) L. 1. §. 2. D. si tabulae test. nullae exstab. etc. XXXVIII, 6. L. 1. §. 1. D. quis ordo in poss. serv. XXXVIII, 15.

2) L. 1. §. §. 1. 5. D. si tabulae test. nullae exstab. etc.

3) §. §. 9 — 12. I. d. heredit. quae ab intest. defer. III, 1. L. 1. §. §. 5. 6. L. 4. D. si tabulae test. nullae exstab. etc. L. 1. §. 2. D. quis ordo in poss. serv. XXXVIII, 15.

4) L. 5. §. 1. D. si tabulae test. nullae exstab. etc.

5) cit. L. 1. §. 1. D. eod. L. 2. §. 4. L. 3. D. unde legitimi. XXXVIII, 7. pr. I. d. success. cognator. III, 5.

unter Mehre ganz nach den Beſtimmungen des Civilrechts richtet.

Da übrigens zu verſchiedenen Zeiten verſchiedene Perſonen ein Recht civiler Inteſtaterbfolge gehabt haben, ſo muß auch die Antwort, wer in dieſe Ordnung gehöre, nach Verſchiedenheit der Zeiten verſchieden ausfallen. In der früheſten Zeit gehörten hieher die **Sui**, und außer dieſen der **proximus agnatus**. Später erhielt vermittelſt des **Senatusconsultum Tertullianum** in dem **Ordo legitimorum** auch die Mutter ihre Stelle; und ſeit dem **Senatusconsultum Orphitianum** gehörten zu den **Legitimi** auch die Söhne und Töchter einer Frau. (S. §. 912.) Endlich kamen in der Periode der chriſtlichen Kaiſer zu den bisher benannten Perſonen noch hinzu

1. diejenigen Descendenten, welche durch die im §. 913. angeführte Conſtitution Valentinian's II. das Recht civiler Erbfolge erhielten. S. §. 913. I.

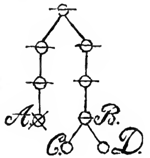
2. Diejenigen Seitenverwandten durch bloße Cognation, welchen durch Conſtitutionen von Anaſtaſius und Juſtinian die Rechte der Agnaten verliehen wurden [6]). S. §. 913. II.

Die dritte Ordnung iſt die Ordnung der Cognaten [7]). Der Prätor bietet, wie auch ſchon früher bemerkt worden, in dieſer Ordnung allen und jeden Verwandten **Bonorum possessio** an, ſie mögen ein civiles Succeſſionsrecht haben, oder nicht; ſie mögen Verwandte ſein durch Agnation, oder durch bloße Cognation; ſie mögen in der geraden, oder in der Seitenlinie verwandt ſein mit dem Verſtorbenen [8]). Der Prätor geht nun aber hierbei doch nicht über einen gewiſſen Grad der Verwandtſchaft hinaus. Nämlich nur die Verwandten der erſten ſechs Grade und außer dieſen noch gewiſſe Verwandte des ſiebenten Grades werden zur **Bonorum possessio unde cognati** zugelaſſen. Ich ſage gewiſſe Verwandte des ſiebenten Grades:

6) L. 2. §. 4. L. 3. D. unde legitimi, (S. oben §. 981. Note 9.) cit. pr. I. d. success. cognator.

7) cit. L. 1. §. 1. D. si tabulae test. nullae exstab. etc.

8) L. 2. L. 4. L. 5. D. unde cognati. XXXVIII, 8. pr. et §. §. 1—3. (al. 4.) I. d. success. cognator. III, 5.



Nämlich: Denken wir uns zwei Enkel von Geſchwiſtern, A. und B. Ferner, daß B. ſtirbt mit Hinterlaſſung von Kindern. Nun ſoll auch A. ſterben; da werden die Kinder des B. ihm ſuccediren — dieſe aber ſind ihm im ſiebenten Grade verwandt. Andere Verwandte des ſiebenten Grades werden nicht zugelaſſen [9]). Unter mehren Cognaten beſtimmt die Nähe des Grades, und zwar nur dieſe den Vorzug [10]). Eben deshalb wird in unſeren Quellen die Bonorum possessio unde cognati öfters als diejenige bezeichnet, welche der Prätor **Proximitatis nomine** verheiße [11]).

Mehre gleich Nahe ſuccediren neben einander [12]). Es wird alsdann nach Köpfen getheilt.

Unter denen, die in verſchiedenen Graden den Verſtorbenen verwandt ſind, findet Successio graduum Statt [13]).

Die vierte und letzte Ordnung bildet die Bonorum possessio unde vir et uxor [14]). Nämlich hat Niemand aus einer früheren Ordnung Bonorum possessio agnoſcirt, ſo kann nun der überlebende Ehegatte ſie agnoſciren.

9) L. 1. §. 3. D. unde cognati. »Haec autem bonorum possessio quae ex hac parte edicti datur, cognatorum gradus sex complectitur, et ex septimo duas personas, sobrino et sobrina natum natamve.« §. ult. I. d. success. cognator.

10) L. 1. §. 10. D. unde cognati.

11) So z. B. in L. 8. pr. D. d. suis et legitim. hered. XXXVIII. 16.; desgl. in §. 3. I. d. legit. agnator. success. III, 2.

12) cit. L. 1. §. 10. D. unde cognati.

13) §. 7. I. d. legit. agnator. success. III, 2.

14) cit. L. 1. §. 1. D. si tabulae test. nullae exstab. etc.

§. 992.

D. Nachträgliche Bemerkungen in Betreff der Bonorum possessio contra tabulas und der Bonorum possessio unde liberi.

DIG. XXXVII, 6. De collatione. XXXVII, 7. De dotis collatione. — COD. VI, 20. De collationibus.

DIG. XXXVII, 8. De conjungendis cum emancipato liberis ejus.

1. Sowohl bei der Bonorum possessio contra tabulas, als bei der Bonorum possessio unde liberi muß nach dem Edicte der Emancipatus den Sui ſein geſammtes Vermögen conferiren; eben ſo muß die Filia in potestate ihre Dos conferiren [1]). Davon iſt nun aber beſonders im §. 967. ausführlich gehandelt worden.

2. Setzen wir, Sempronius hat einen Sohn Titius und durch dieſen zwei Enkel Gajus und Mävius. Nun emancipirt er den Titius — die Enkel aber, Gajus und Mävius, behält er in ſeiner Gewalt. Wenn jetzt Sempronius intestatus ſtirbt, wie ſoll es mit der Erbfolge gehalten werden?

Jure civili erhalten die Enkel allein die ganze Erbſchaft. Jure praetorio aber müßte an und für ſich umgekehrt der Sohn Erbe ex asse ſein; denn denken wir die Emancipation hinweg, ſo iſt er Suus, die Enkel aber ſind es nicht. Dieſen Widerſtreit zu heben, iſt im Edict Folgendes feſtgeſetzt: Der Emancipirte theilt mit ſeinen in der Familie zurückgebliebenen Deſcendenten dasjenige, was ihm allein zugekommen ſein würde, wenn er nicht emancipirt worden wäre; und zwar theilt er ſo, daß er eine Hälfte erhält, während die andere Hälfte auf ſeine in der Familie zurückgebliebenen Deſcendenten fällt [2]). Alſo in unſerem Beiſpiele erhält Titius die eine Hälfte der Erbſchaft, die andere erhalten ſeine Kinder, die Enkel des Verſtorbenen, Gajus und Mävius [3]).

1) Hierauf beziehen ſich die oben angeführten Titt. Dig. XXXVII, 6. u. XXXVII, 7. COD. VI, 20.

2) Hierauf bezieht ſich der oben angeführte Tit. Dig. XXXVII, 8.

3) L. 1. pr. D. eod.

Dies nun iſt jene Ausnahme von der Regel, die ich unter Bezugnahme auf den gegenwärtigen Paragraphen im vorigen angekündigt habe, als dort von der **Bonorum possessio unde liberi** die Rede war. Auf ganz gleiche Weiſe wird es bei der **Bonorum possessio contra tabulas** gehalten.

§. 993.

B. Im Fall der Beerbung eines Emancipirten.

DIG. XXXVII, 12. Si a parente quis manumissus sit.

Die Eigenthümlichkeiten dieſes Falls haben ihren Grund insgeſammt in der älteren Form der Emancipation. Dieſe erforderte, daß der zu Emancipirende zuerſt mancipirt, und demnächſt durch einen Akt der Manumiſſion aus dem **Mancipium** entlaſſen wurde. Vgl. §. 910. Immer war daher der Emancipirte ein **Manumissus**, und deshalb ward er denn nun auch in manchen Beziehungen nach der Analogie eines freigelaſſenen Sclaven behandelt. Uebrigens war der Manumittent mehrentheils der Parens; es konnte der Manumittent aber möglicher Weiſe auch ein Anderer, als der Parens ſein; daher der Unterſchied, der in den Quellen gemacht wird, zwiſchen einem Emancipirten, der **a parente manumissus** iſt, und einem ſolchen, der einen **Extraneus manumissor** hat, d. h. eben einen Anderen, als den Parens.

Nach dieſer allgemeinen Vorbemerkung will ich nun im Einzelnen ſowohl diejenigen Punkte bezeichnen, in welchen die prätoriſche Erbfolge in den Nachlaß eines **Emancipatus** mit der in den Nachlaß eines Andern übereinſtimmt, als auch diejenigen, in welchen ſie abweicht. Und zwar will ich zunächſt über das vorjuſtinianiſche Recht Auskunft geben. Was davon in das Juſtinianiſche Recht übergegangen ſei, und was nicht, wird ſich ſpäterhin zeigen.

Oben an ſteht auch hier die **Bonorum possessio contra tabulas**, welche der Prätor den Kindern des Verſtorbenen anbietet.

Hierauf folgt ſodann die Bonorum possessio secundum tabulas, welche dem eingeſetzten Erben verheißen wird. Und dabei zeigt ſich nun gleich etwas Eigenthümliches, was ich aber nicht anders erklären kann, als indem ich zuvor von einer Beſtimmung ſpreche, welche die Erbfolge in den Nachlaß eines freigelaſſenen Sclaven betrifft. Der Prätor nämlich legt dem wirklichen Libertus für den Fall, daß er keine leibliche Deſcendenten zu Erben hinterläßt, die Verpflichtung auf, in ſeinem Teſtamente dem Patron die Hälfte ſeines Vermögens zu hinterlaſſen. Hat dieſes der Freigelaſſene nicht gethan, ſo gibt der Prätor dem Patron bis auf den Belauf dieſes ihm gebührenden Pflichttheils — denn ſo mögen wir jene Hälfte wohl nennen — eine Bonorum possessio contra tabulas [1]). Dieſe Bonorum possessio contra tabulas concurrirt mit der Bonorum possessio secundum tabulas des eingeſetzten Erben. Sie geht dieſer ſo wenig voran, daß ſie überall gar nicht eher agnoſcirt werden kann, als bis ein teſtamentariſcher Erbe da iſt [2]). Darin unterſcheidet ſich dieſe Bonorum possessio contra tabulas ſehr weſentlich von der Bonorum possessio contra tabulas der Kinder [3]). Dieſes dem Patron eines wirklichen Libertus verliehene Recht ſehen wir nun analoger Weiſe angewandt auch auf den Manumiſſor eines Emancipirten — jedoch mit dieſer Beſchränkung: Nicht jeder Manumiſſor eines Emancipirten hat eine Bonorum possessio contra tabulas, ſondern nur der Parens manumissor [4]).

Auf die Bonorum possessio secundum tabulas und die damit concurrirende Bonorum possessio contra tabulas des Parens folgt die Bonorum possessio intestati — und hier ſtehet wieder oben an die Bonorum possessio unde liberi. Nach dieſer kommt die Bonorum possessio unde legitimi — und da zeigt ſich dann der Unterſchied, daß bei einem Emancipirten der

1) Gaj. III. §. 41. Ulp. XXIX. §. 1. §. 1. I. d. success. libertor. III, 7. (8.)

2) L. 3. §. 5. D. d. bon. libertor. XXXVIII, 2.

3) L. 4. pr. L. 19. D. d. B. P. c. t. XXXVII, 4.

4) Von dieſem Rechte des Parens handelt der ob. angeführte Tit. Dig. XXXVII, 12. S. insbeſondere L. 1. pr. D. tit. cit.

Manumiſſor zu den Legitimi gehört; und zwar gilt das nicht etwa bloß von dem Parens mannmissor, ſondern auch von dem Extranens mannmissor.

Die dritte Ordnung der Bonorum possessio intestati iſt auch hier die Bonorum possessio unde cognati. Aber allerdings hat es damit eine eigene Bewandtniß. Im Allgemeinen nämlich ſteht hier, wie überall, die Bonorum possessio unde cognati der Bonornm possessio unde legitimi nach. Allein denken wir uns, daß der zu Beerbende von einem Extraneus manumittirt iſt, und daß dieſer nun die nächſten Anſprüche auf die Bonorum possessio nnde legitimi hat; ſo muß es allerdings unbillig ſcheinen, dieſem Extraneus vor nahen Anverwandten den Vorzug einzuräumen. Und daher ſetzte der Prätor in das Edict eine Clauſel des Inhalts: *Zehn* Perſonen aus der Ordnung der Cognaten ſollen mit ihrer Bonornm possessio unde cognati der Bonorum possessio unde legitimi des Extraneus manumissor vorgehen. Dieſe *zehn* Perſonen ſind: Vater, Mutter, Sohn, Tochter, Großvater, Großmutter, Enkel, Enkelin, Bruder, Schweſter — alſo ſämmtliche Verwandte des *erſten* und *zweiten* Grades [5]). — Die Bonorum possessio unde cognati dieſer *zehn* Perſonen wird von den Verfaſſern der Juſtinianiſchen Inſtitutionen ſo bezeichnet: Bonorum possessio *unde decem personae* [6]).

Die vierte und letzte Stelle bei der Bonorum possessio intestati nimmt auch hier die Bonorum possessio unde vir et uxor ein.

Auf die eben dargeſtellte Weiſe verhält es ſich bei Beerbung des Emancipatus nach *vorjuſtinianiſchem* Rechte. Das *Juſtinianiſche* Recht aber kennt bei der Emancipation keine Mancipatio und keine Manumissio. Mithin kann auch nie ein Extraneus manumissor vorkommen. Deshalb fällt die Bonorum possessio unde decem personae weg [7]). Aber der emancipirende Parens hat dieſelben Anſprüche auf den Nachlaß des emancipirten Kindes, die er nach älterem Rechte dann hatte,

5) Siehe §. §. 3. 4. I. d. B. P. III, 9. (10.)

6) cit. §. 4. I. eod.

7) cit. §. 4. I. eod.

wenn er ſelbſt das Kind manumittirt hatte. Daher findet der emancipirende Parens nach wie vor ſeine Stelle in der Ordnung der Legitimi. Und ferner, er hat auch eine Bonorum possessio contra tabulas. Allein dabei iſt Folgendes zu bemerken: Juſtinian hat bei dem Patron die debita pars von einer Hälfte auf ein Drittheil herabgeſetzt; und ſo auch bei dem Parens. Die Bonorum possessio contra tabulas des Parens geht alſo nur noch auf ein Drittheil des Nachlaſſes [8]).

III. Von der Bonorum possessio nach ſpäterem Rechte.

§. 994.

A. Ueber den Einfluß der Novellen 115. u. 118. auf das Syſtem der Bonorum possessio.

I. Zuerſt von der Nov. 115.

Hier fragt es ſich: Welchen Einfluß hat dieſe auf die im Edicte den Kindern angebotene Bonorum possessio contra tabulas gehabt?

Bei dieſer Bonorum possessio ging der Prätor aus von den Grundſätzen des älteren Civilrechts über die Nothwendigkeit der Inſtitution oder Exheredation. Allerdings forderte er die Inſtitution oder Exheredation auch ſolcher Perſonen, welche Jure civili unbedenklich präterirt werden konnten. Aber wie begründete er dieſe Forderung? Bloß dadurch, daß er in jenen Perſonen ein Verhältniß zum Teſtator, wie das Civilrecht es vorausſetzte, durch Fiction als vorhanden annahm, ungeachtet es in der That nicht vorhanden war. Durch die Nov. 115. iſt nun aber das Princip des älteren Civilrechts ganz und gar umgeſtoßen; es iſt ihm ein ganz neues ſubſtituirt worden; und ſonach hat die Theorie der Bonorum possessio contra tabulas keine Grundlage mehr. Die Suität ſelbſt iſt für die Lehre von der Präterition von gar keiner Bedeutung mehr; mithin kann dafür auch von keiner Bedeutung weiter ſein die Fiction der Sui-

8) S. L. 4. C. d. bonis libertor. VI, 4.

tät. Um ſo gewiſſer läßt ſich bei Juſtinian die Abſicht annehmen, das prätoriſche Recht in der Lehre von der Präterition aufzuheben. Er wollte überhaupt durch die Nov. 115. in Beziehung auf die Nothwendigkeit der Inſtitution oder förmlichen Ausſchließung von der Erbſchaft ein ganz neues Recht einführen, welches für die Folge hier allein beachtet werden, und in die Stelle eintreten ſollte aller älteren Beſtimmungen, von welcher Art ſie auch ſein möchten. Daher muß ſeit der Nov. 115. die nach dem Edicte des Prätors den Kindern zuſtehende **Bonorum possessio contra tabulas** ganz und gar wegfallen.

Dies iſt meiner Meinung nach die richtige Anſicht von der Sache. Viele jedoch unter unſeren neueren Juriſten ſehen die Sache aus einem andern Geſichtspunkte an, wovon ich vorläufig ſchon im §. 865. etwas geſagt habe, worüber ich mich aber hier ausführlicher erklären muß: Die Einen ſagen: Ueberall, wo in Hinſicht ſolcher Perſonen, die ſchon vor der Nov. 115. als Notherben angeſehen wurden, etwas von demjenigen vernachläſſigt iſt, was das frühere Juſtinianiſche Recht fordert, da treten auch die in dieſem früheren Rechte gegründeten rechtlichen Folgen ein. Daher gibt es noch immer eine Bonorum possessio contra tabulas, deren, unter der angegebenen Vorausſetzung, Sui ſich bedienen können, während die den Sui in dem Edicte des Prätors gleichgeſtellten Nicht-Sui ihrer ſogar bedürfen 1). — Andere ſind im Uebrigen derſelben Meinung; nur läugnen ſie das Bedürfniß der **Bonorum possessio contra tabulas** für die Nicht-Sui: Sie ſagen: auch für dieſe iſt die **Bonorum possessio contra tabulas** ſeit der **Nov. 115.** nur eine utilis Bonorum possessio, aber nicht mehr eine necessaria 2). — Noch Andere begnügen ſich nicht damit, die fortdauernde Anwendbarkeit der Bonorum possessio contra tabulas innerhalb der durch das frühere Recht beſtimmten Grenzen zu behaupten, ſondern ſie geben ihr eine dieſe Grenzen noch überſchreitende Anwendung. So meinen Einige, die Nicht-Sui,

1) Dieſe Meinung findet ſich u. A. bei Höpfner, Commentar. §. 525.

2) S. u. A. Thibaut, Pand. §. 971.

die **Emancipati**, könnten, im Fall unförmlicher Ausſchließung von der Erbſchaft, niemals anders als durch das Medium der **Bonorum possessio contra tabulas** zur Erbſchaft gelangen, auch wenn nur die beſonderen Vorſchriften der Nov. 115. vernachläſſigt wären [3]). — Eine andere hieher gehörige Meinung iſt die, welche Koch [4]) aufſtellt. Er ſagt ſo: Niemand iſt ſeit der Nov. 115. auf die **Bonorum possessio contra tabulas** beſchränkt. Wenn aber bloß von der Möglichkeit die Rede ſein ſoll, ſich ihrer zu bedienen, ſo müſſen wir behaupten: Alle und jede Deſcendenten, welche auf eine unförmliche Weiſe ausgeſchloſſen ſind von der Erbſchaft, der Fehler liege nun in der Vernachläſſigung der Vorſchriften des älteren Rechts, oder in der Verabſäumung desjenigen, was die Nov. 115. fordert, können, wenn ſie es für gut finden, **Bonorum possessio contra tabulas agnoſciren**. Und ſo haben z. B. Kinder jene **Bonorum possessio** auch gegen das Teſtament ihrer Mutter [5]).

II. Ich komme nunmehr zu der Nov. 118. Bei dieſer fragt es ſich zunächſt: welchen Einfluß hat ſie auf das Syſtem der **Bonorum possessio intestati** gehabt?

Gleich im Eingange der Novelle ſpricht Juſtinian von älteren Geſetzen, welche aufgehoben ſein ſollen. Ob er dabei bloß an die älteren Beſtimmungen des Civilrechts gedacht habe, oder zugleich auch an die Beſtimmungen des prätoriſchen Rechts — darüber kann man zweifelhaft ſein. Aber, wenn man auch dieſen Eingang der Vorrede ganz unberückſichtigt ließe, ſo bleibt doch noch immer die Frage, ob nicht das Syſtem der **Bonorum possessio** anderweit, ſtillſchweigend wenigſtens und indirecter Weiſe, durch die Nov. 118. verändert worden ſei. Und da zeigt es ſich denn: die **Bonorum possessio unde liberi** und die **Bonorum possessio unde cognati** beruheten auf der Vorausſetzung, daß nur gewiſſe Verwandte ein civiles Succeſſionsrecht hätten;

3) Dieſer Meinung geſchieht unter andern Erwähnung bei Höpfner a. a. O. §. 527.

4) Siehe **Bonorum possessio**. Litterariſches Teſtament nebſt Commentar, Reviſion und Codicill von Joh. Chriſtoph Koch. Gießen 1799. 8. S. 344. 131 — 133. S. 176.

5) Noch verweiſe ich wegen der mancherlei Meinungen über die **Bonorum possessio contra tabulas** auf Glück, VII. S. 331. folg.

der Prätor wollte denjenigen Verwandten, die eines ſolchen Succeſſionsrechts entbehrten, gegen die Strenge des Civilrechts zu Hülfe kommen. Dieſer Hülfe bedarf es aber nicht mehr; die Novelle hat für die Perſonen, denen der Prätor helfen wollte, beſſer und vollſtändiger geſorgt, als dieſer; Verwandte, die eines civilen Succeſſionsrechtes entbehrten, gibt es mithin nicht; vielmehr ſind ſeit der Nov. 118. alle Verwandte **Legitimi** — und ſo erſcheint denn die **Bonorum possessio unde legitimi** als die einzige, welche für Verwandte noch von Bedeutung ſein kann. Einen eigenthümlichen Vortheil aber gewährt ſie den Verwandten nicht; vielmehr beſteht die praktiſche Bedeutung derſelben nur noch darin, daß durch den Ablauf der Friſt, binnen welcher ſie agnoſcirt werden müßte, der Anfang derjenigen Friſt beſtimmt wird, innerhalb welcher die **Bonorum possessio unde vir et uxor** agnoſcirt werden muß. Dieſe **Bonorum possessio unde vir et uxor** nämlich iſt durch die Nov. 118. nicht überflüſſig geworden: denn die Novelle bezieht ſich ja lediglich und allein auf ſolche Succeſſionsrechte, welche auf Verwandtſchaft beruhen.

Nun aber iſt noch Ein Umſtand zu berückſichtigen: Wie die Nov. 118. die Zahl der **Legitimi** dadurch vermehrt hat, daß alle Verwandte nunmehr ein civiles Succeſſionsrecht haben, ſo iſt auf der andern Seite das civile Succeſſionsrecht, welches ehedem dem emancipirenden Parens nach der Analogie des Patrons zuſtand, **implicite** durch die Nov. 118. aufgehoben. Der Parens, welcher emancipirt hat, ſuccedirt als Parens, als Verwandter, aber er ſuccedirt nicht mehr als **Quasi-patronus**. Davon iſt denn nun aber eine nothwendige Folge, daß jene **Bonorum possessio contra tabulas**, welche der Prätor dem **Parens Manumissor** anbot, wegfallen muß; denn dieſe beruhete auf der Vorausſetzung, daß der Parens **ab intestato** nach der Analogie eines Patrons ſuccedire — und das iſt, wie eben bemerkt, nicht mehr der Fall.

Dies nun iſt, meiner Meinung nach, die richtige Anſicht von dem Einfluſſe der Nov. 118. auf das Syſtem der **Bonorum possessio**. Auch ſcheint man ziemlich allgemein wenig-

ſtens über folgende Punkte einverſtanden zu ſein: 1. Keine Bonorum possessio intestati kann noch als zuläſſig betrachtet werden, die mit dem in der Nov. 118. aufgeſtellten Syſtem der Inteſtaterbfolge im Widerſtreite ſteht. 2. Verwandte haben eine Bonorum possessio intestati überall nicht mehr nöthig. 3. Die dem Parens gegebene Bonorum possessio contra tabulas fällt weg.

Ich habe nun zuerſt von der Nov. 115., dann von der Nov. 118. geſprochen. Wollen wir jetzt das endliche Reſultat kurz zuſammenfaſſen, ſo iſt es dieſes:

Von den mancherlei Claſſen und Ordnungen der Bonorum possessio beſtehen, was die Erbfolge in den Nachlaß freigeborener Perſonen betrifft, im neueſten Juſtinianiſchen Rechte nur noch

1. die Bonorum possessio secundum tabulas; jedoch mit der Modification, daß ſie dann nie Statt finden kann, wenn das Teſtament wegen nicht gehöriger Ausſchließung der Notherben nach der Nov. 115. ungültig iſt. Vgl. §. 863.

2. Die Bonorum possessio unde legitimi.

3. Die Bonorum possessio unde vir et uxor.

§. 995.

B. Ueber den heutigen Gebrauch der Lehre von der Bonorum possessio.

Was den heutigen Gebrauch anbetrifft der Bonorum possessio, ſo kommt von den Förmlichkeiten der Bonorum possessio in unſerer Praxis nichts mehr vor. Es bedarf keiner gerichtlichen Anerkennung; die Friſten, welche das Edict vorſchreibt, werden nicht weiter beobachtet u. ſ. w. [1]). Die im neueſten Juſtinianiſchen Rechte noch übrigen Anwendungen der Bonorum possessio ſind nur ihrem materiellen Charakter nach in das heutige Recht übergegangen, das heißt es gibt ein Jus succedendi überall, wo es eine Bonorum possessio gibt, aber

1) Siehe Schweppe, Röm. Privatr. §. 841.

dieſes Jus succedendi iſt ſeiner Form und ſeinem innern Gehalte nach nicht verſchieden von jedem andern aus dem neueren Rechte ſich herſchreibenden Jus succedendi.

Endlich das Interdictum quorum bonorum behandelt man heute als ein proviſoriſches Rechtsmittel, um in den Beſitz der Erbſchaftsſachen zu gelangen, ohne allen Unterſchied zwiſchen dem Civilerben und dem prätoriſchen Erben [2]).

2) Schweppe a. a. O. §. 858.

Fünftes Buch.
E r b r e c h t.

Sechstes Kapitel.
Von den Vermächtniſſen.

† INST. II, 20. De legatis. — † DIG. XXX—XXXII. De legatis et fideicommissis. — † COD. VI, 37. De legatis. VI, 42. De fideicommissis. VI, 43. Communia de legatis et fideicommissis, et de in rem missione tollenda.

I. Geſchichtliche Einleitung. (§. §. 996—998.)

A. Aelteres Recht. (§. §. 996. 997.)

§. 996.

A. Von den Legaten.

Der allgemeine Begriff eines Vermächtniſſes iſt dieſer: Man verſteht darunter eine letztwillige Anordnung, wodurch Jemanden dingliche oder obligatoriſche Rechte eingeräumt werden, ohne daß er zum univerſellen Succeſſor ernannt würde. Dabei iſt nun aber für das ältere Recht von großer Wichtigkeit der Unterſchied zwiſchen Legaten und Fideicommiſſen. Bis auf die Zeit des Octavianus waren indeſſen nur die Legate Anordnungen von juriſtiſcher Bedeutung; und daher muß von ihnen zuerſt die Rede ſein.

Der Ausdruck **Legatum** bezeichnet nicht bloß die in dem angeordneten Vermächtniſſe enthaltene Willensäußerung, ſondern auch das aus derſelben für den Honorirten, alſo für den Legatar, hervorgehende Recht. Es wird indeſſen genügen, hier nur die erſte Bedeutung ins Auge zu faſſen; aus dieſer erklärt ſich die zweite von ſelbſt.

Zunächſt will ich auf das Materielle, ſodann auf das Formelle des Begriffs Rückſicht nehmen.

Was das Materielle betrifft, ſo iſt jedes Legat eine Aeußerung der Freigebigkeit, eine Schenkung im weiteren Sinne des Wortes [1]). Und zwar dachte man ſich darunter in der Zeit, von welcher hier die Rede iſt, jederzeit eine Freigebigkeit auf Koſten des teſtamentariſchen Erben, dem dadurch der Vortheil, welchen die Erbfolge ihm an und für ſich gewähren würde, verkürzt wird [2]). Die in der Anordnung des Legats enthaltene Beſchränkung des Erben kann aber von doppelter Art ſein: Sie kann darin beſtehen, daß irgend ein Gegenſtand der Erbſchaft der Succeſſion des Erben geradezu entzogen wird, ganz oder zum Theil; aber auch darin, daß dem Erben nur die Verpflichtung auferlegt wird, dem Legatar etwas zu leiſten; durch den Werth dieſer Leiſtung wird natürlich der Werth der Erbſchaft vermindert, der Erbe wird alſo auch hier verkürzt.

Ich wende mich nunmehr zu dem Formellen des Begriffs.

Wie der Teſtator nach älterem Rechte die Erbeseinſetzung befehlsweiſe abfaſſen mußte, ſo bedurfte es auch befehlender Worte bei der Anordnung eines Legats. Es waren **Verba imperativa** erforderlich [3]). Und nicht bloß dies: Der Teſtator mußte ſich überdies beſtimmter, feierlicher Formeln bedienen. Dieſe Formeln waren nach der Verſchiedenheit des Zwecks, den

1) §. 1. I. h. t. L. 36. D. d. legat. II. »Legatum est donatio quaedam testamento relicta.«

2) Hierauf bezieht ſich die Definition in der L. 116. pr. D. d. legat. I. Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui aliquid collatum velit.«

3) Ulp. XXIV. §. 1. »Legatum est, quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur: nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur.«

der Teſtator im Auge hatte, verſchieden. Es gab in dieſer Beziehung **vier Genera** legatorum [4]). Unter dieſen **vier Genera** ſind **zwei Hauptgattungen**, **zwei** aber nur **Nebenarten**. Und zwar verhält es ſich damit folgender Maßen:

1. Wenn der Teſtator die Abſicht hatte, dem Legatar durch das Legat irgend ein **dingliches** Recht und zwar **unmittelbar** zu verſchaffen, ohne Mitwirkung des Erben, ſo erwähnte er dieſes Letztere überall gar nicht, ſondern er ſagte geradezu: Ich gebe dem Legatar das und das; er ſoll das und das haben [5]). Weil nun in einem ſolchen Falle das dem Legatar zugedachte dingliche Rechte demſelben ohne Weiteres erworben wurde, ſo daß er es ſofort durch eine In rem actio, alſo durch eine Vindicatio, geltend machen konnte, ſo ward ein alſo angeordnetes Legat genannt: **Per vindicationem legatum, Vindicationslegat.** Dies iſt die erſte Hauptgattung der Legate.

2. Ging die Abſicht des Teſtators dahin, dem Legatar zunächſt nur ein **obligatoriſches** Recht, eine Forderung gegen den Erben zu geben, ſo befahl er, daß der Erbe dem Legatar dieſes oder jenes leiſte. Und zwar drückte er ſich dabei mehrentheils ſo aus: »Heres meus **damnas** esto«, nämlich, dies oder jenes zu geben, dies oder jenes zu thun — er ſoll ſchuldig, er ſoll verbunden ſein [6]). Deshalb pflegte man ein Legat der hier bezeichneten Art ſo zu benennen: **Per damnationem legatum, Damnationslegat.** Dies iſt die zweite Hauptgattung von Legaten.

3. Eine bloße Abart des Legatum per vindicationem war das Legatum **per praeceptionem**. Nämlich: Denken wir uns, der Teſtator hatte mehre Erben ernannt, und wollte nun

4) Gaj. II. §. 192. »Legatorum utique genera sunt quatuor: aut enim **per vindicationem** legamus, aut **per damnationem**, aut **sinendi modo**, aut **per praeceptionem**.« Ulp. XXIV. §. 2.

5) Vgl. Gaj. II. §. 193. Ulp. XXIV. §. 3. »Per **vindicationem** his verbis legamus: **Do, Lego, Capito, Sumito, Sibi habeto**.«

6) Gaj. II. §. 201. Ulp. XXIV. §. 4. »Per **damnationem** his verbis: **Heres meus damnas esto dare, Dato, Facito, Heredem meum dare jubeo**.«

eine zum Nachlaß gehörige Sache Einem unter dieſen mehren Erben ausſchließlich zuwenden: Dieſer Eine ſollte alſo den Theil der Sache, den er nicht ſchon als Erbe hätte, Jure legati erhalten. In einem ſolchen Falle ſagte der Teſtator: „Lucius Titius, oder wie ſonſt der zu Honorirende heißen mochte, illam rem praecipito“ [7]). Praecipere iſt vorwegnehmen.

4. Eine bloße Abart des Legatum per damnationem war das Legatum sinendi modo relictum. Nämlich: wenn der Teſtator dem Erben keine poſitive Thätigkeit zur Pflicht machen wollte, ſondern wenn der Erbe nur dazu verbunden ſein ſollte, den Legatar gewähren zu laſſen, es zu geſtatten, daß der Legatar irgend etwas thäte, ſich irgend etwas aneignete — dann drückte der Teſtator ſich ſo aus: »Heres meus damnas esto sinere u. ſ. w., z. B. sinere, Lucium Titium sumere illam rem sibique habere« [8]).

An die hier bezeichneten Formeln war übrigens der Teſtator ſo ſtreng gebunden, daß wenn er ſich in der Formel vergriff, das Legat ſchon darum allein ungültig war. Z. B., wenn es darauf ankam, Jemanden das Eigenthum an einer Sache zu verſchaffen, ſo konnte dies mittelſt eines Vindicationslegates nur unter der Vorausſetzung geſchehen, daß die zu legirende Sache eine dem Teſtator ſelbſt gehörige Sache war; denn nur über eigene Sachen war der Teſtator befugt, ſo gerade zu disponiren, wie dies durch ein Vindicationslegat geſchah. Bei Sachen, die einem Dritten gehörten, konnte der Teſtator nur dies thun, daß er dem Erben die Verpflichtung auflegte, dem Legatar das Eigenthum zu verſchaffen; dergleichen Sachen konnten alſo nur per damnationem legirt werden [9]). Geſetzt nun, der Teſtator hatte die Sache eines Dritten nicht per damnationem, ſondern per vindicationem legirt, ſo hatte er eine unpaſſende Formel gewählt; und das Legat war ohne alle Wirkungen.

Erſt in ſpäterer Zeit ward dieſe Strenge gemildert; und zwar durch ein Senatusconsultum Neronianum, ſo benannt

7) Vgl. Gaj. II. §. §. 216. 217. Ulp. XXIV. §. 6.
8) Siehe Gaj. II. §. §. 209. 214. Ulp. XXIV. §. 5.
9) Gaj. II. §. 196. Ulp. XXIV. §. 7.

nach dem Imperator Nero. Seit dieſem Senatusconſult ward es ſo gehalten: Wenn ein Legat, welches als Damnationslegat gültig geweſen ſein würde, mittelſt einer anderen unpaſſenden Formel angeordnet war, ſo betrachtete man es, wie wenn es **per damnationem** angeordnet wäre, und erhielt es auf dieſe Weiſe aufrecht [10]. Jetzt konnte nun alſo auch ein die Sache irgend eines Dritten betreffendes Vindicationslegat ſich wirkſam erweiſen: der Legatar ward zwar nicht unmittelbar Eigenthümer, aber er erhielt doch durch das Legat eine Forderung gegen den Erben, des Inhalts, ihm das Eigenthum der Sache zu verſchaffen.

Zuletzt muß ich noch dieſes bemerken: War ein Legat überhaupt gültig und wirkſam, ſo verſchaffte es dem Legatar eine, nach aller Strenge, und in dem gewöhnlichen, ordentlichen Wege Rechtens durchzuſetzende Klage [11]. Bei dem **Legatum per vindicationem** und bei dem **Legatum per praeceptionem** erlangte der Legatar durch das Legat eine **In rem actio** [12]. Bei dem **Legatum per damnationem** oder **sinendi modo relictum** hatte er gegen den Erben eine **In personam actio** [13].

§. 997.

B. Von den Fideicommiſſen.

Der Urſprung der Fideicommiſſe iſt darin zu ſuchen: Denken wir uns, Jemand wollte etwas anordnen, was zwar im Teſtamente gültig angeordnet werden konnte — aber es fehlte an Zeit und Gelegenheit, ein Teſtament zu errichten; oder, es war auf eine Verfügung abgeſehen, die, ſelbſt wenn ſie in einem Teſtamente getroffen wurde, keine verbindende Kraft hatte. In Fällen dieſer Art blieb nichts übrig, als ſich an denjenigen, der durch die beabſichtigte Anordnung in ſeinem Rechte beſchränkt werden ſollte, bittweiſe zu wenden, ihn zu erſuchen, daß er den Inhalt der Anordnung zur Ausführung bringen möge. Der-

10) Gaj. II. §. §. 197. 218. Ulp. XXIV. §. 11 a.

11) Gaj. II. §. 278. Ulp. XXV. §. 12.

12) Gaj. II. §. §. 194. 222.

13) Gaj. II. §. §. 204. 213.

gleichen Verfügungen nun nannte man mit einem ſehr bezeichnenden Ausdruck **Fideicommiſſa**. Und bis auf die Zeiten des Octavianus waren ſie denn auch in der That nichts anderes, als was der Name an die Hand gab. Für denjenigen, an welchen der Verſtorbene ſich gewandt hatte, war es eine bloße Gewiſſensſache, den Willen deſſelben zu erfüllen; juriſtiſch war er dazu nicht verpflichtet. Unter dem Octavianus aber änderte ſich das: Man fing an, die Fideicommiſſe als Dispoſitionen zu behandeln, welche auch äußerlich verbindlich wären — es fand nunmehr ein Zwang Statt zur Erfüllung [1]. Dies führt nun aber auf die Frage: worin beſtand ſeitdem noch der Unterſchied der Fideicommiſſe von den Legaten?

Ich will für's Erſte nur bei dem Begriffe ſtehen bleiben: In materieller Beziehung war in der That kein weſentlicher Unterſchied zwiſchen Fideicommiſſen und Damnationslegaten. Nämlich auch bei Fideicommiſſen war es ſo, daß Jemand dadurch die obligatoriſche Verpflichtung auferlegt wurde, einem Dritten, dem Fideicommiſſarius, etwas zu leiſten. Nur konnte der Inhalt dieſer Leiſtung bei Fideicommiſſen von noch mannigfaltigerer Art ſein, als bei Damnationslegaten. So ward es namentlich für zuläſſig geachtet, dem Erben mittelſt eines Fideicommiſſes die Herausgabe der Erbſchaft zur Pflicht zu machen. Ein ſolches Fideicommiß wurde genannt: **Fideicommissum hereditatis**, Fideicommiß der Erbſchaft, univerſelles Fideicommiß, Univerſal-Fideicommiß. Jedes andere Fideicommiß heißt **Speciale fideicommissum**, ſinguläres Fideicommiß, Singular-Fideicommiß. Doch — um zurückzukehren zu dem Punkte, von welchem wir ausgegangen ſind — in materieller Beziehung fand zwiſchen dem Begriff eines Fideicommiſſes und dem Begriff eines Damnationslegates kein weſentlicher Unterſchied Statt.

Dagegen lag in formeller Beziehung ein ſehr weſentlicher Unterſchied darin: Es gehörte zum Begriffe eines Fideicommiſſes, daß es nicht etwa **Verbis imperativis** angeordnet werden konnte,

1) §. 1. I. d. fideicommiss. hered. II, 23.

ſondern nur Verbis **precativis** [2]). Unter Verba precativa ſind jedoch nicht bloß ſolche zu verſtehen, die eine eigentliche Bitte ausdrücken, ſondern überhaupt alle nicht ſtreng befehlende Ausdrücke [3]).

An dieſen Unterſchied im Begriff knüpfte ſich nun auch eine weſentliche Verſchiedenheit in der rechtlichen Beurtheilung: Bei Legaten war die Strenge des Rechts, bei Fideicommiſſen die Billigkeit das Princip der Beurtheilung [4]). Daher fielen denn gar manche Erforderniſſe zur Gültigkeit, worauf man namentlich bei Legaten mit großer Strenge hielt, bei Fideicommiſſen weg. Ich will nur das Wichtigſte anführen:

Zuerſt, was die Form der Anordnung betrifft: Legate konnten urſprünglich gar nicht anders, als in einem Teſtamente angeordnet werden. Im Teſtament aber war ihnen inſofern eine beſtimmte Stelle angewieſen, als die Anordnung eines Legates der Erbeseinſetzung desjenigen, der dadurch belaſtet werden ſollte, nicht vorangehen durfte. Das war die Bedeutung der Regel: »**Ante heredis institutionem legari non potest**« [5]). Später geſtattete man zwar, Legate auch in bloßen Codicillen anzuordnen, aber auch dann war doch immer zugleich ein Teſtament nöthig, die Codicille mußten in einem daneben beſtehenden Teſtamente beſtätigt ſein [6]). Bei Fideicommiſſen war es ganz anders. Im Teſtamente war ihnen keine beſtimmte Stelle angewieſen [7]). Auch konnten ſie in unbeſtätigten Codicillen, und überhaupt auf jede beliebige Weiſe angeordnet werden [8]).

2) **Ulp. XXIV. §. 1.** (S. d. vor. §. Note 3.) **XXV. §. 1.:** »Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.«

3) §. ult. I. d. singul. reb. per fideicommiss. relict. II, 24. »Verba autem fideicommissorum haec maxime in usu habentur: peto, rogo, volo, mando, fidei tuae committo; quae perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.«

4) **Ulp. XXV. §. 1. §. 3. I.** d. legat. II, 20.

5) S. Gaj. II. §. 229. Ulp. XXIV. §. 15. §. 34. I. d. legat. II, 20.

6) Gaj. II. §. 270. Ulp. XXV. §. 8. §. 10. I. d. fideicommiss. hered. II, 23.

7) Ulp. XXV. §. 8. cit. §. 34. I. d. legat.

8) Gaj. II. §. §. 229. 270. Ulp. XXIV. §. 15. XXV. §. §. 8. 11. cit. §. 34. I. d. legat. cit. §. 10. I. d. fideicommiss. hered.

Ein zweiter Unterſchied betraf die Qualification der zu honorirenden Perſonen. Urſprünglich konnte mit einem Fideicommiſſe wirkſamer Weiſe gar Mancher bedacht werden, welchem ein Legat gültiger Weiſe nicht hinterlaſſen werden konnte. Später jedoch ward es wenigſtens Regel, daß man für Fideicommiſſe dieſelbe Qualification forderte, wie für Legate [9]).

Drittens: In Bezug auf die Perſon des zu Belaſtenden unterſcheiden ſich Legate und Fideicommiſſe weſentlich, nicht etwa nur im Anfange, ſondern fortdauernd; und dies iſt ein Punkt von beſonderer Wichtigkeit für die künftige dogmatiſche Darſtellung. Mit Legaten konnte ſchlechterdings nur der Erbe belaſtet werden, nicht derjenige, der ſelbſt ein bloßes Legat erhalten hatte [10]). Aber auch nur der teſtamentariſche Erbe konnte mit einem Legate beſchwert werden, nicht der Inteſtaterbe [11]); ferner nur derjenige, welcher im Teſtament unmittelbar als Erbe bezeichnet war, alſo nicht der Erbe des Erben [12]). Dagegen mit einem Fideicommiß konnte Jeder beſchwert werden, der aus dem letzten Willen des Anordnenden auf irgend eine Weiſe unmittelbar oder mittelbar einen Vortheil zu erwarten hatte; ja ſelbſt der Inteſtaterbe, ungeachtet dieſer den Vortheil der Erbſchaft nicht dem letzten Willen des Erblaſſers, ſondern dem Geſetze verdankte. Alſo hier fielen alle jene vorhin angeführten Beſchränkungen hinweg [13]).

Fiel nun bei Fideicommiſſen manches Erforderniß weg, welches nothwendig war zur Gültigkeit und Wirkſamkeit eines Legats, ſo trugen dagegen nun aber auch die Fideicommiſſe, ihrer Wirkung nach, nicht den ſtreng civilrechtlichen Charakter an ſich, welcher die Wirkungen der Legate bezeichnete. Der Fideicommiſ-

9) Vgl. Gaj. II. §. §. 285—287. Ulp. XXV. §. 6. Wegen der Ausnahmen von dieſer Regel ſiehe Gaj. II. §. §. 274. 275. Ulp. XXII. §. 5. XXV. §. 7.

10) Gaj. II. §. 271. Ulp. XXIV. §. 20. pr. I. d. singul. reb. per fideicommiss. rel. II, 24.

11) cit. §. 10. I. d. fideicommiss. hered.

12) Hierauf gründete ſich die Regel: »Post mortem heredis legari non potest.« S. Gaj. II. §. 232. Ulp. XXIV. §. 16. §. 35. I. d. legat. II, 20.

13) Gaj. II. §. §. 232. 271. 277. Ulp. XXIV, §. §. 16. 20. XXV. §. §. 4. 10. §. 35. I. d. legat. cit. §. 10. I. d. fideicommiss. hered. pr. et §. 1. I. d. singul. reb. per fideicommiss. relict. II, 24.

ſar hatte keine Klage, die geeignet geweſen wäre, im Wege des ordentlichen Verfahrens verhandelt zu werden; er hatte nur eine Extraordinaria persecutio, wobei der gewöhnliche Prozeßgang nicht beobachtet wurde, und alles weit mehr von dem Arbitrium des Magiſtrats abhing [14]).

§. 998.

B. Neueres Recht ſeit der Zeit der chriſtlichen Imperatoren.

Unter den chriſtlichen Imperatoren wurden beide Arten von Vermächtniſſen, Legate und Fideicommiſſe, einander um Vieles näher gerückt. Schon unter den Söhnen Conſtantin's des Großen ward die Nothwendigkeit feierlicher Formeln, wie bei der Erbeseinſetzung, ſo auch in Bezug auf Legate aufgehoben. Welcher Worte auch immer der Verſtorbene ſich bedient hätte, wenn nur ſeine Abſicht klar wäre, ſo ſollte, in Gemäßheit dieſer, die von ihm getroffene Verfügung ſich wirkſam erweiſen [1]).

Ferner: Theodoſius der Jüngere verordnete: Zur Gültigkeit einer jeden letzten Willenserklärung, welche kein Teſtament wäre, ſollte die Zuziehung von fünf Zeugen erforderlich ſein [2]); dieſe Form mußte daher nunmehr auch bei der Errichtung von Fideicommiſſen beobachtet werden.

Endlich: Auch das prozeſſualiſche Verfahren hatte ſich dermaßen geändert, daß der ehemalige Unterſchied in Betreff der Rechtsmittel nun ſo gut als verſchwunden war.

Und ſo war es denn offenbar ganz conſequent, wenn Juſtinian Folgendes verordnete:

1. In der L. 1. C. communia de legatis VI, 43. v. J. 529. n. Chr. hob er den ehemaligen Unterſchied zwiſchen den verſchiedenen Gattungen der Legate ganz und gar auf, indem er allen Legaten überhaupt, ſo weit die Natur der Sache es geſtatten möchte, Einen und eben denſelben juriſtiſchen Charakter beilegte [3]).

14) S. Gaj. II. §. 278. Ulp. XXV. §. 12.

1) L. 21. C. d. legat. VI, 37. v. J. 339. n. Chr.)

2) L. ult. §. ult. C. d. codicillis. VI, 36. (v. J. 424. n. Chr.)

3) S. auch §. 2. I. d. legat. II, 20.

2. Eben ſo conſequenter Weiſe verordnete Juſtinian, theils in der ſchon angeführten **L. 1.**, vornehmlich aber in der **L. 2. C. eod.** v. J. **531.**: Es ſoll fortan auch kein Unterſchied ſein zwiſchen Legaten und Fideicommiſſen. Die eigenthümlichen Vorzüge der Legate und die eigenthümlichen Vorzüge der Fideicommiſſe ſollen mit einander vereinigt ſein, und das Reſultat dieſer Vereinigung ſoll zur Richtſchnur dienen bei der rechtlichen Beurtheilung der Vermächtniſſe überhaupt. In Gemäßheit dieſer Vorſchrift mußten nun, im Allgemeinen wenigſtens, die Beſtimmungen darüber, was zur Gültigkeit eines Vermächtniſſes erforderlich ſei, und eben ſo die Regeln der Interpretation entlehnt werden aus dem Rechte der Fideicommiſſe, als dem in dieſer Hinſicht bei Weitem freieren, und namentlich für den Honorirten vortheilhafteren Rechte. Dagegen mußte in Anſehung der Wirkungen das Recht der Legate zu Grunde gelegt werden, denn das war in dieſer Beziehung im Ganzen genommen das Vortheilhaftere. Uebrigens enthält die angeführte **L. 2. C. eod.** noch die ſpecielle Anweiſung: Im Zweifel ſolle das Recht der Fideicommiſſe zur Richtſchnur dienen [4].

Dieſe Juſtinianiſche Anordnung hat die Compilatoren der Pandekten veranlaßt den Ulpian in der **L. 1. Dig. d. legat. I.** etwas ſagen zu laſſen, was er nach dem Rechte ſeiner Zeit gar nicht ſagen konnte: **»Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis.«**

Aus eben jener Juſtinianiſchen Verordnung iſt denn auch die häufige Verwechslung der Ausdrücke **Legatum** und **Fideicommissum** zu erklären, auf welche wir in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern ſtoßen, wodurch es geſchehen iſt, daß ſich Stellen finden, in denen der Juriſt von einem Legat z. B. etwas behauptet, was er, nach dem Rechte ſeiner Zeit, nur von einem Fideicommiß ſagen konnte und umgekehrt.

Uebrigens, ſo umfaſſend auch ſonſt dieſe Ausgleichung der Legate und Fideicommiſſe iſt, ſo hat doch das Fideicommiß der Erbſchaft fortdauernd vieles Eigenthümliche behalten: Nämlich: Worin das Fideicommiß der Erbſchaft ſich ſonſt von andern Fi-

4) S. auch §. 3. I. d. legat.

deicommiſſen unterſchied, darin unterſcheidet es ſich fortdauernd von allen und jeden anderweitigen Vermächtniſſen.

II. Von der bei Vermächtniſſen zu beobachtenden äußeren Form. (§. §. 999—1005.)

§. 999.

A. Vorerinnerung.

Vermächtniſſe können angeordnet werden in einem Teſtamente — aber auch in Codicillen. Die Lehre nun von den Teſtamenten iſt früher bereits ausführlich vorgetragen worden; nicht ſo die Lehre von den Codicillen, welche abzuhandeln eben hier der Ort iſt.

Was den Begriff der Codicille betrifft, ſo verſtehen wir heutiges Tages darunter jede letztwillige Erklärung, welche keine Erbeseinſetzung bezweckt, und eben daher auch nicht der eigenthümlichen äußern Form bedarf, welche für die Gültigkeit der Erbeseinſetzung nothwendig iſt. Die Römiſchen Juriſten nehmen das Wort Codicilli in einer engeren Bedeutung, ſie denken ſich darunter eine ſchriftliche letzte Willenserklärung, abgefaßt in der Form eines Briefs — wie ich bereits im §. 784. angeführt habe. Aber dieſelben Grundſätze, welche bei letztwilligen Erklärungen dieſer Art gelten, die finden im Ganzen Anwendung auch für jede andere letztwillige Erklärung, welche kein Teſtament iſt. Und ſo können wir denn ſehr füglich jenen vorhin bezeichneten allgemeinen Begriff zum Grunde legen.

Uebrigens: Wie erſt unter Octavian die Fideicommiſſe eine äußerlich verbindliche Kraft erlangten, ſo fing man auch erſt unter ihm an, Codicille als äußerlich gültige letztwillige Erklärungen zu betrachten [1]). Feierlichkeiten wurden dabei gar nicht erfordert; aber gewiſſe letztwillige Dispoſitionen, wenn ſie in Codicillen vorkamen, galten doch nur unter der Vorausſetzung, daß die Codicille in einem daneben beſtehenden Teſtamente beſtätigt waren: So Legate. S. §. 997. So ferner die directe

1) pr. I. d. codicill. II, 25.

Freilaſſung eines Sclaven, und die Ernennung eines Tutors. Erſt unter den chriſtlichen Imperatoren ward auch für die Codicille eine beſtimmte Feierlichkeit vorgeſchrieben. S. §. 1001. Seitdem hätte nun die Beſtätigung im Teſtamente bei keiner Dispoſition mehr für nöthig erachtet werden ſollen. Allein inconſequenter Weiſe iſt ſie doch ſelbſt nach Juſtinianiſchem Rechte noch erforderlich für die directe Freilaſſung, und die Ernennung eines Tutors [2]).

B. Theorie der Codicille. (§. §. 1000 — 1005.)

† INST. II, 25. De codicillis. — † DIG. XXIX, 7. De jure codicillorum. — † COD. VI, 36. De codicillis.

§. 1000.

A. Arten der Codicille.

In Codicillen können nur ſecundäre letztwillige Verfügungen getroffen werden. Dergleichen Verfügungen können aber immer nur dann wirkſam ſein, wenn derjenige, von welchem ſie ausgehen, einen Erben hinterläßt. Codicille müſſen daher nothwendig immer eine Beziehung haben auf eine außer ihnen begründete Erbfolge, dieſe nun beruhe auf einem vorhandenen Teſtamente, oder auf unmittelbar geſetzlichen Beſtimmungen. Daher die Eintheilung der Codicille in Codicilli testamentarii, wie die Neueren ſich auszudrücken pflegen, und in Codicilli sine testamento sive ab intestato facti [1]). Jene können nun aber wiederum im Teſtamente ausdrücklich beſtätigt ſein, oder auch nicht. Die Codicilli testamentarii ſind daher entweder Codicilli testamento confirmati oder Codicilli non confirmati testamento [2]). Die teſtamentariſche Beſtätigung kann übrigens ſowohl in futurum, als auch in praeteritum erfolgen [3]).

2) L. 43. D. d. manumiss. testam. XL, 4. — L. 3. pr. D. d. testam. tutela. XXVI, 2.

1) §. 1. I. h. t. L. 8. pr. C. h. t. L. 16. D. h. t.

2) Ulp. XXV. §. §. 8. 11.

3) cit. L. 8. pr. D. h. t. L. 6. C. h. t.

Eine anderweitige Eintheilung der Codicille iſt die in **öffentliche** Codicille und **Privatcodicille**; eben wie ein gleicher Unterſchied bei Teſtamenten gemacht wird.

B. Allgemeine Grundſätze in Anſehung derſelben. (§. §. 1001 — 1003.)

§. 1001.

a. Von der bei Codicillen erforderlichen Feierlichkeit.

Bis auf die Zeit der chriſtlichen Imperatoren erforderten Codicille, wie ſchon bemerkt, gar keine Feierlichkeit. Wohl ſeitdem. Es fragt ſich welche?

Von **öffentlichen** Codicillen kommt, wenigſtens ausdrücklich, in unſeren Quellen nichts vor. Man nimmt jedoch, und wohl mit Recht, an, daß auf dieſelbe Weiſe, wie Teſtamente, ſo auch Codicille unter öffentlicher Auctorität errichtet werden können.

Was aber die **Privatcodicille** betrifft, ſo beruht die dabei erforderliche Feierlichkeit auf einer ausdrücklichen Vorſchrift von **Theodoſius II.** Dieſer nämlich verordnete: Zur Gültigkeit einer jeden **ultima voluntas**, welche kein Teſtament ſei, ſollten **fünf** Zeugen nöthig ſein; ferner Einheit der Handlung; und, bei einer ſchriftlichen Erklärung des letzten Willens, Unterſchrift der Zeugen [1]).

Ueber dieſe Form der Privatcodicille bleibt nun aber noch gar Manches im Einzelnen zu bemerken:

1. Es iſt nicht nöthig, daß die Zeugen **rogati** ſind [2]).

2. Was die Qualification der Zeugen betrifft, ſo ſtreitet man darüber, ob Perſonen weiblichen Geſchlechts auch hier ausgeſchloſſen ſind. Die richtige Anſicht indeſſen iſt die, daß ſie ausgeſchloſſen ſind. Ferner ſtreitet man darüber, ob Legatare

1) L. ult. §. ult. C. h. t. v. J. 424. n. Chr. »In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes, vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur; testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus.«

2) cit. L. ult. §. ult. C. h. t.

oder Fideicommiſſare, die bei Teſtamenten bekanntlich Zeugenſtelle vertreten können, auch bei Codicillen, in welchen ſie bedacht ſind, als Zeugen zugezogen werden dürfen. Das Richtige iſt ohne Zweifel dies: Bei Teſtamenten ſind Legatare und Fideicommiſſare um deswillen zuverläſſige Zeugen, weil ſie zunächſt nicht ſich, ſondern dem Erben Zeugniß ablegen. S. §. 830. Hier aber würden ſie, wenn man ſie zuließe, ſich ſelbſt Zeugniß ablegen, und deshalb iſt ihre Zuziehung unſtatthaft.

3. Die Theodoſiſche Verordnung fordert bei ſchriftlichen Codicillen nur die Unterſchrift der Zeugen, nicht auch die Beifügung der Siegel.

4. Von der Unterſchrift des Teſtators ſagt die Verordnung nichts. Aber die Nothwendigkeit derſelben ergibt ſich aus einer anderweitigen Verordnung Juſtinian's [3]).

5. Auf Codicille der Blinden findet das im §. 894. Vorgetragene analoge Anwendung. Daher muß namentlich, außer den gewöhnlichen fünf Zeugen, noch ein Notarius, oder, Statt deſſen, ein ſechster Zeuge zugezogen werden. Unrichtig aber iſt es, wenn Einige, wie bei Teſtamenten, ſo auch bei Codicillen der Blinden, die Zuziehung von ſieben Zeugen und einem Notarius für nöthig halten [4]).

6. Die Privilegien, welche hinſichtlich der Teſtamente gelten, ſind auch auf Codicille zu beziehen. Außerdem findet aber eine Abweichung von der Regel auch in dem Falle Statt, wenn Jemand perſönlich und mündlich einem Andern ein Vermächtniß auferlegt. Dann bedarf es gar keiner äußern Feierlichkeit, namentlich nicht der Zuziehung von Zeugen. Kommt es über die Exiſtenz oder den Gegenſtand des Vermächtniſſes zum Streit, ſo kann derjenige, welcher mit dem Vermächtniſſe honorirt zu ſein behauptet, dem angeblich Belaſteten den Eid zuſchieben; und verweigert dieſer die Eidesleiſtung, ſo muß er den Anſprüchen des Deferenten genügen. Dies beruht auf einer Verordnung von Juſtinian [5]).

3) L. 28. §. 1. C. d. testam. VI, 23.

4) Es beruht dies auf einer falſchen Interpretation der L. 8. C. qui testam. fac. poss. VI, 22.

5) Nämlich L. ult. C. d. fideicommiss. VI, 42. Vgl. §. ult. I. d. fideicommiss. hered. II, 23.

Digitized by Google

§. 1002.

b. Von dem möglichen Inhalte der Codicille.

Bei Teſtamenten gibt es einen nothwendigen Inhalt; bei Codicillen kann nur von einem **möglichen** die Rede ſein. Es fragt ſich alſo: Was kann in letzten Willenserklärungen, die nur mit der für Codicille erforderlichen Feierlichkeit ausgeſtattet ſind, angeordnet werden, und was nicht?

Zu demjenigen, was darin **nicht** angeordnet werden kann, gehört

1. die Verleihung der Erbfolge; alſo die Ernennung eines Erben [1]. Indeſſen wird doch eine in Codicillen enthaltene Pupillar-Subſtitution wenigſtens nach Art eines Fideicommiſſes aufrecht erhalten [2]. Auch iſt es zuläſſig, daß Jemand ſich im Teſtamente die Beſtätigung des Erben, oder die Ernennung deſſelben, oder die Beſtimmung der ihm zuzutheilenden Erbportion für künftige Codicille vorbehalte [3].

2. Eben ſo iſt kein Gegenſtand für Codicille die Aufhebung des Erbrechts, die Ausſchließung von der Erbfolge [4]. Daher iſt es denn auch unſtatthaft, eine im Teſtamente angeordnete Erbeseinſetzung in einem Codicill zu bedingen [5].

Alle hier nicht als unſtatthaft bezeichneten Anordnungen können ihre Stelle im Codicille ſo gut, wie im Teſtamente finden.

1) §. 2. I. h. t. L. 10. D. h. t. L. 7. C. h. t.

2) L. 76. D. ad SCtum Trebell. XXXVI, 1.: »Scaevola respondit: si pater filium suum impuberem ex asse scripserit heredem, eique codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit, licet subsitutio inutilis sit, quia codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest, tamen benigna interpretatione placet, ut mater, quae ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur. Quodsi invicem fuerint substituti, et in fideicommisso substitutionem valere; unoque eorum mortuo, qui supersunt, totum accipiunt.«

3) L. 10. pr. D. d. condit. inst. XXVIII, 7.: »Institutio talis: »si codicillis Sejum heredem scripsero, Sejus heres esto«, non est inutilis in quovis herede instituto, praeter filium. Est enim conditionalis institutio; nec videtur hereditas codicillis data, quod interdictum est; verum conditionalis est haec institutio, quasi testamento data esset. Proinde et si ita scripserit: »cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto«, pari ratione dicendum erit, institutionem valere, nullo jure impediente.« L. 77. L. 36. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

4) cit §. 2. I. h. t. cit. L. 76. D. ad SCtum Trebell. XXXVI, 1.

5) cit. §. 2. I. h. t. L. 27. §. 1. D. d. condit. inst. XXVIII, 7.

§. 1003.

c. Von den Gründen der Ungültigkeit derſelben.

Nach der Analogie der Teſtamente können auch Codicille bald ſchon von Anfang ungültig ſein, bald ſpäterhin erſt die anfängliche Gültigkeit verlieren, namentlich durch Willensänderung. Indeſſen iſt doch, gerade in Bezug auf die Aufhebung durch Willensänderung, einiges den Codicillen Eigenthümliche zu bemerken. Nämlich:

1. Wenn Jemand, ohne teſtirt zu haben, einen Codicill errichtet hat, ſpäter aber ein Teſtament macht, ſo verliert der Codicill, der Regel nach, ſeine Gültigkeit. Indeſſen, ſobald auf irgend eine Weiſe erhellet, daß der Teſtator ſeinen im Codicill ausgeſprochenen Willen nicht geändert habe, ſo bleibt der Codicill bei Kräften; die darin angeordneten Vermächtniſſe laſten nunmehr eben ſo auf dem teſtamentariſchen Erben, wie ſie, ohne das Teſtament, auf den Inteſtaterben würden gelaſtet haben [1]).

2. Da Codicille nicht gleich Teſtamenten eine nothwendige Beziehung auf den geſammten Nachlaß haben, ſo kann es füglich geſchehen, daß Jemand mit Hinterlaſſung mehrer neben einander geltender Codicille ſtirbt. Frühere Codicille werden durch ſpätere nur inſofern aufgehoben, als der Teſtator ausdrücklich oder ſtillſchweigend die Abſicht, ſie aufzuheben, zu erkennen gegeben hat [2]).

3. Vermächtniſſe können überhaupt nuda contraria voluntate aufgehoben werden; wenigſtens genügt eine ſolche contraria voluntas, dem Belaſteten eine Exceptio zu verſchaffen, mittelſt deren er ſich gegen die aus dem Vermächtniſſe abgeleiteten Anſprüche ſchützen kann. Ich erinnere an den §. 870.; auch werde ich im §. 1024. darauf zurückkommen. Hieraus aber folgt, daß ein Codicill möglicher Weiſe durch bloße contraria voluntas ſeine ganze Wirkſamkeit verlieren kann, wenn er nämlich nur eben Vermächtniſſe und nichts Weiteres enthält, die contraria voluntas ſich aber auf alle dieſe Vermächtniſſe bezieht.

1) §. 1. I. h. t. L. 5. D. h. t.

2) §. ult. I. h. t. L. 6. §. 1. D. h. t. L. 3. C. h. t.

§. 1004.

C. Beſondere Grundſätze in Betreff einzelner Arten von Codicillen.

A. Zuerſt von den Codicilli ab **intestato** facti.

Sind hier im Allgemeinen die Erben belaſtet, ſo ruhet die Laſt natürlicher Weiſe auf den Inteſtaterben; und zwar iſt es ganz gleichgültig, wer ab intestato ſuccedire, ob der nächſte Inteſtaterbe oder ein entfernterer, ob ein zur Zeit der Codicille bereits Geborener, oder ein Solcher, der damals noch nicht geboren war [1]). Anders wenn der Teſtator beſtimmte Perſonen gerade bezeichnet hat; dann ſind nur eben dieſe an die Vermächtniſſe gebunden, oder diejenigen, die etwa Jure accrescendi in ihre Stelle treten [2]). Uebrigens werde ich auf dieſen Gegenſtand im §. 1026. zurückkommen.

B. Sind zweitens Codicille vorhanden **neben einem Teſtamente**, ſo gilt in Anſehung ihrer die Regel: Sie ſtehen und fallen mit dem Teſtamente [3]).

Es gilt dies nicht etwa bloß von ſolchen Codicillen, die in dem Teſtamente beſtätigt ſind, ſondern von allen Codicilli testamentarii, auch von den nicht beſtätigten [4]). Das ſchadet indeſſen der Gültigkeit des Codicills nicht, wenn das Teſtament nur Jure civili ungültig iſt; genug wenn es Jure praetorio aufrecht erhalten wird [5]).

Was nun aber die beſtätigten Codicille insbeſondere anbetrifft, ſo gilt von ihnen der Grundſatz: »pro parte testamenti habentur« [6]). Daher eben konnten ehedem in beſtätigten Codicillen

1) L. 16. D. h. t. »Ab intestato factis codicillis, relicta etiam postea natus intestati successor debebit. Quicunque enim ab intestato successerit, locum habent codicilli; nam unus casus est, nec interest, qui succedat, dum intestato succedat; ad testamentum autem, quod quoquo tempore fecisset, pertinent codicilli. Et ut manifestius dicam, intestato patrefamilias mortuo, nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent; testamento autem facto, jus sequantur ejus.« L. 3. §. 1. D. h. t.

2) L. 1. §. 9. D. d. legat. III. L. 61. §. 1. D. d. legat. II.

3) cit. L. 16. D. h. t.

4) L. 3. §. 2. D. h. t.

5) L. 8. §. 3. D. h. t.

6) S. L. 14. pr. D. h. t. L. 2. §. 2. D. eod. Allerdings wird in dieſen Stellen nicht ausdrücklich geſagt, daß der eben aufgeſtellte Satz nur von beſtätigten Codicillen

Legate, welche in unbeſtätigten Codicillen nicht angeordnet werden durften, allerdings hinterlaſſen werden; denn hier wurden ſie angeſehen als im Teſtamente ſelbſt angeordnet. Aus dem gleichen Grunde war die Ernennung eines Tutors nur in beſtätigten Codicillen zuläſſig, welcher Satz ſich auch noch im Juſtinianiſchen Rechte erhalten hat, wie ſchon bemerkt. S. §. 999. Ferner iſt es eine Folge jenes Grundſatzes, daß die anfängliche Gültigkeit der in beſtätigten Codicillen enthaltenen Verfügungen in manchen Beziehungen beurtheilt wird nicht nach den Verhältniſſen der Zeit, in welcher die Codicille errichtet ſind, ſondern vielmehr nach den Verhältniſſen, welche Statt fanden zur Zeit des früher errichteten die Codicille im Voraus beſtätigenden Teſtaments, gleich als wären ſchon damals auch die Codicille errichtet worden. Doch, wie geſagt, es gilt das nur in gewiſſen Beziehungen. So wenn der Teſtator ſich hat arrogiren laſſen, ſpäter aber wieder **sui juris** wird, und nun in der Zwiſchenzeit Codicille errichtet hat [7]). In anderen Beziehungen dagegen wird die Zeit des errichteten Teſtaments nicht beachtet [8]).

Noch ſteht mit dem gedachten Satze die Frage in Verbindung: Bedarf es auch bei beſtätigten Codicillen der Feierlichkeit, welche ſonſt bei Codicillen erforderlich iſt — oder wird dieſe durch die Beſtätigung überflüſſig? Die Theodoſiſche Conſtitution über die Form der Privatcodicille [9]) ſagt ganz allgemein, daß dieſe Form bei jeder **ultima voluntas** beobachtet werden ſolle, die kein Teſtament ſei. Daher halten ſie denn Manche auch bei beſtätigten Codicillen für nothwendig. **In praxi** iſt indeſſen die entgegengeſetzte Meinung angenommen [10]).

gelte. Aber es ergibt ſich dies theils aus der Natur der Sache, theils aus der Vergleichung mit L. 6. §. 4. und L. 7. D. h. t.

7) cit. L. 8. §. 3. D. h. t. Außerdem vergl. cit. L. 2. §. 2. D. h. t. (Ueber die Lesart dieſer Stelle ſiehe die Ausgabe der Pandekten von Gebauer Note 4.) L. 12. §. 5. D. d. captiv. XLIX, 15. (Tryphoninus.) coll. L. 7. pr. D. h. t. (Marcianus.)

8) Siehe L. 7. §. 1. D. h. t. »Praeterea in illis, quae non juris, sed facti sunt, non est perinde habendum, quod codicillis scribitur, atque si ubi confirmantur, scriptum fuisset; veluti etc.« Vgl. L. 8. §. 4. D. h. t.

9) L. ult. §. ult. C. h. t.

10) S. Höpfner, Commentar §. 626.

§. 1005.

D. Von der Codicillar-Clauſel.

Denken wir uns, Jemand hat ſeinen letzten Willen erklärt, und zwar in der Abſicht ein Teſtament zu errichten. Ferner: Dieſer letzte Wille iſt, als Teſtament betrachtet, ungültig. Da kann es nun wohl ſein, daß er aus dem Geſichtspunkte eines Codicills aufrecht erhalten werden könnte. Und ſo fragt es ſich dann: wird dieſer Umſtand dem letzten Willen zu Statten kommen? wird, was als Teſtament ungültig iſt, wenigſtens als Codicill gelten dürfen? Der Regel nach muß die Frage verneint werden: das ungültige Teſtament gilt nicht einmal als Codicill [1]).

Ob übrigens der Verſtorbene die Abſicht gehabt habe, gerade ein Teſtament zu machen, das wird im Zweifel aus dem Inhalte ſeines letzten Willens zu beurtheilen ſein. Findet ſich darin eine directe Erbeseinſetzung, oder iſt Jemand darin exheredirt, ſo werden wir annehmen müſſen, der Verſtorbene habe ein Teſtament errichten wollen [2]). Hat der Verſtorbene Jemanden zum Erben ernannt, aber es iſt zweifelhaft, ob er den von ihm Bezeichneten zum eigentlichen directen Erben habe ernennen, oder ihm die Erbſchaft nur vermittelſt eines Fideicommiſſes habe zuwenden wollen, ſo wird das Erſte angenommen, wenn er dem Bezeichneten für den Fall, daß er nicht Erbe würde, einen Subſtituten gegeben hat [3]).

Dieſe aufgeſtellte Regel hat jedoch **zwei** Ausnahmen:

Die **erſte** Ausnahme tritt ein bei dem ſ. g. **Testamentum**

1) L. 29. pr. D. qui testam. fac. poss. etc. XXVIII, 1. L. 41. §. 3. D. d. vulg. et pupill. subst. XXVIII, 6. L. 1. D. h. t. »Saepissime rescriptum et constitutum est, eum, qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse. Ideoque, quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur.« L. 11. §. 1. D. d. legat. III. L. 8. §. 1. C. h. t. (S. unten Note 5.)

2) L. 14. C. d. testam. VI, 23.

3) L. 13. §. 1. D. h. t. In dieſer Stelle wird auch das als ein Zeichen beabſichtigter directer Erbeseinſetzung angeführt, wenn der als Erbe Bezeichnete mit Legaten beſchwert iſt. Dies kann aber nach Juſtinianiſchem Rechte nicht mehr gelten, da nach dieſem der Fideicommiſſar eben ſo gut, wie der eigentliche Erbe mit Legaten belaſtet werden kann.

posterius imperfectum [4]), wovon bereits im §. 869. die Rede geweſen iſt.

Die zweite Ausnahme, und das iſt gerade diejenige, auf welche es hier zunächſt ankommt, tritt dann ein, wenn der Teſtator, in dem Teſtamente ſelbſt, erklärt hat, es ſolle, Falls es als Teſtament nicht gelten könne, wenigſtens die Wirkungen eines Codicills haben [5]). Von gleichem Erfolge iſt es, wenn der Teſtator ſich ſo geäußert hat: Er wolle die im Teſtamente enthaltene Verfügung auch von denjenigen beachtet wiſſen, die ihm ab intestato ſuccediren möchten. Oder wenn er erklärt hat: Er wolle das Teſtament aufrecht erhalten wiſſen auf jede mögliche Weiſe [6]).

Eine ſolche Erklärung nun, das iſt es, was die Neueren **Clausula codicillaris** nennen. Und dadurch kann denn bewirkt werden, daß das ungültige Teſtament wenigſtens als Codicill aufrecht erhalten wird.

Ich will nun das Nähere angeben:

1. Ob das Teſtament von Anfang ungültig war, oder erſt in der Folge ungültig geworden iſt, darauf kommt nichts an. Manche zwar haben die Wirkſamkeit der Codicillar-Clauſel auf den Fall beſchränken wollen, da das Teſtament gleich von Anfang ungültig iſt, und zwar wegen eines Fehlers in der äußern Form. Aber ohne Grund. Eben ſo unrichtig iſt es, wenn von Einigen die Wirkſamkeit der Codicillar-Clauſel insbeſondere bei deſtituirten Teſtamenten in Abrede geſtellt wird [7]).

4) S. L. 21. §. 3. (al. 5.) C. d. testam. VI, 23.

5) cit. L. 41. §. 3. D. d. vulg. et pupill. subst. XXVIII, 6. L. 3. D. d. testam. milit. XXIX, 1. cit. L. 1. D. h. t. (S. oben Note 1.) L. 8. pr. et §. 1. C. h. t., (**Theodosius**) v. J. 424. n. Chr. (§. 1.) »Illud quoque pari ratione servandum est, ut testator, qui decrevit facere testamentum, si id adimplere nequiverit, intestato videatur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem veluti ex codicillis ultimam voluntatem, nisi id ille complexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere; illo electionis videlicet jure perdurante, ut qui ex testamento agere voluerit, ad fideicommissum migrare non possit.«

6) L. 29. §. 1. D. qui testam. fac. poss. etc. XXVIII, 1. L. 88. §. 17. D. d. legat. II.

7) Wegen der richtigen Anſicht verweiſe ich u. A. auf **Kind**, Quaestiones forenses. Ed. 2. Tom. I. Quaest. 49. 50.

2. Der Inhalt mag immerhin ein ſolcher ſein, der ſich für Codicille nicht eignet; das hindert nichts. Aber im Uebrigen müſſen alle Erforderniſſe vorhanden ſein, die zur Gültigkeit eines Codicills gehören. Alſo der Teſtator muß das **Jus testamenti faciendi** gehabt haben; es müſſen wenigſtens die Förmlichkeiten beobachtet ſein, die für Codicille nöthig ſind u. ſ. w.

3. Die Wirkung der Codicillar-Clauſel zeigt ſich in Anſehung der Erbeseinſetzung darin, daß dieſe nunmehr als Fideicommiß der Erbſchaft behandelt wird. Nämlich: iſt ein früheres gültiges Teſtament vorhanden, ſo fällt die Erbſchaft an die darin Inſtituirten; außerdem an die Inteſtaterben; aber die Einen, wie die Andern müſſen die Erbſchaft an die in dem ungültigen Teſtamente Eingeſetzten herausgeben, gleich als ob dieſe Herausgabe ihnen durch ein Fideicommiß wäre zur Pflicht gemacht worden. — Auf eine ähnliche Weiſe, wie es in Anſehung der Erbeseinſetzung gehalten wird, wurden vor Juſtinian die im Teſtamente angeordneten Legate behandelt: man machte Fideicommiſſe daraus. Nach Juſtinianiſchem Rechte iſt das nicht mehr nöthig.

4. Derjenige, welcher in einem mit der Codicillar-Clauſel verſehenen Teſtamente inſtituirt iſt, muß ſich, ſobald er ſeine Anſprüche an die Erbſchaft geltend zu machen denkt, darüber entſcheiden, ob er das Teſtament als ein ſolches geltend machen will, oder als Codicill: und hat er ein Mal gewählt, ſo darf er hinterdrein von dieſer Wahl nicht abgehen [8]. Nur den Aeltern beiderlei Geſchlechts und den Deſcendenten des Verſtorbenen, wenn ſie dem Verſtorbenen Agnaten ſind, bis zum vierten, wenn ſie aber nur **Cognationis jure** mit ihm verwandt ſind, bis zum dritten Grade iſt es geſtattet, die Erbſchaft als eine fideicommiſſariſche auch dann noch in Anſpruch zu nehmen, wenn ſie vorher bereits ein directes Erbrecht geltend zu machen verſucht haben [9].

8) cit. L. 8. pr. et §. 1. C. h. t. (S. ob. Note 5.)

9) L. 8. §. 2. C. h. t.

III. Von der Anordnung eines Legates.
(§. §. 1006 — 1021.)

INST. II, 24. De singulis rebus per fideicommissum relictis.

§. 1006.

A. Von der Regula Catoniana.

† DIG. XXXIV, 7. De regula Catoniana.

Die Regula **Catoniana** 1), ſo genannt nach ihrem Erfinder, gilt nicht bei allen Legaten, ſondern nur bei denjenigen, die, wenn ſie überhaupt wirkſam ſind, dem Legatar gleich bei dem Tode des Teſtators anfallen — alſo nur bei denen, **quorum dies cedit mortis testatoris tempore** 2). Hier ſoll der zufällige Umſtand, ob der Teſtator früher oder ſpäter mit Tode abgeht, auf die Gültigkeit des Legats keinen Einfluß haben. Alſo: ſind zur Errichtung des Legats die Verhältniſſe von der Art, daß, ſtürbe der Teſtator auf der Stelle, das Legat ungültig ſein würde, ſo iſt und bleibt das Legat ungültig, obſchon der Teſtator vielleicht ſehr viel ſpäter erſt mit Tode abgeht, und die Verhältniſſe ſich in dieſer ſpäteren Zeit auf eine vortheilhafte Weiſe mögen geändert haben 3).

Im Einzelnen habe ich noch Folgendes zu bemerken:

1. Die Catonianiſche Regel hat eine ganz beſchränkte Beziehung bloß auf Legate. Kommt gleich bei der Erbeseinſetzung eine ähnliche Regel vor, der zu Folge eine Erbeseinſetzung, die gleich zu Anfang ungültig war, nicht durch ſpätere Ereigniſſe ſoll convaleſciren können 4), ſo iſt dies doch nicht die **Catoniana regula**, und daher heißt es in der Note 2. angeführten Pandekten-Stelle von **Papinian**: »**Catoniana regula non pertinet ad hereditates.**« Nun ſagt zwar **Ulpian** in der **L. 4. D.**

1) **L. 1. pr. D. h. t.** »Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere. Quae definitio in quibusdam falsa est.«

2) **L. 3. D. h. t.** (**Papinianus.**) »Catoniana regula non pertinet ad hereditates, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem.« Vgl. **L. 41. §. 2. D. d. legat. I.**

3) cit. **L. 1. pr. D. h. t.**

4) **L. 210. D. d. R. J.** »Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest.«

h. t.: »Placet Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere«; woraus man ſchließen könnte, daß ſie wenigſtens auf puras institutiones ſich beziehe; allein ich halte mit Anton Faber[5] dafür, daß das »conditionalis« in der angeführten Stelle auf einem Verſehen beruht. Vergl. übrigens §. 792. Note 8.

2. In der L. 5. D. h. t. ſagt Ulpian: »Regula Catoniana ad novas leges non pertinet.« Was heißt das? Durch neuere Geſetze, zu denen vornehmlich die Lex Julia et Papia Poppaea gehört, ward die Fähigkeit zum Erwerbe von Legaten an gewiſſe Vorausſetzungen geknüpft, von denen das frühere Recht nichts gewußt hatte. Auf dieſe Vorausſetzungen nun wandte man die Regula Catoniana nicht an. Z. B.: Ein Unverheiratheter ſollte Legate, die ihm in dem Teſtamente eines Fremden hinterlaſſen wären, nicht erwerben können, wenn er nicht noch innerhalb hundert Tagen ſich verheirathete[6]. Dies nun war etwas, worauf erſt zur Zeit des Anfalls geſehen wurde, nicht ſchon zur Zeit des errichteten Legats. Und ſo war alſo ein Legat darum keineswegs nichtig, weil der Legatar zur Zeit des errichteten Legats unverheirathet geweſen war. Im Juſtinianiſchen Rechte fallen dieſe Beſtimmungen der Lex Julia et Papia Poppaea überhaupt weg. Vergl. §. 788.

3. Die Regula Catoniana findet keine Anwendung auf ſolche Legate, deren Anfall erſt im Augenblick der Antretung der Erbſchaft oder gar noch ſpäter erfolgt. (S. Note 2.) Daraus nun haben einige Neuere geſchloſſen, bei Legaten dieſer Art komme es in aller und jeder Beziehung auf dieſen ſpäteren Zeitpunkt an. So alſo ſei es in einem ſolchen Falle z. B. nicht nöthig, daß der Legatar ſchon zur Zeit der Errichtung des Legats im Beſitz der Testamenti factio ſei. Allein dies iſt unrichtig: Wenn uns geſagt wird, auf gewiſſe Legate erſtrecke ſich die Regula Catoniana nicht, ſo heißt das nur ſo viel: Bei dieſen Legaten braucht nicht gerade Alles und jedes ſchon zur Zeit der Errichtung ſo zu ſein, wie es ſpäterhin ſein muß.

5) Conjecturae juris civilis, Lib. XII. c. 19.

6) Ulp. XVII. §. 1.

4. Mehre neuere Rechtsgelehrte behaupten, die Catonianiſche Regel falle im Juſtinianiſchen Rechte weg. Und zwar beruht dieſe Behauptung auf folgender Argumentation: Die Regel galt im alten Rechte nur bei Legaten, nicht bei Fideicommiſſen. Im Juſtinianiſchen Rechte aber ſind Legate und Fideicommiſſe einander gleichgeſtellt. Und offenbar iſt hier das ältere Recht der Fideicommiſſe das für den Honorirten vortheilhaftere Recht. Alſo muß dieſes nun das allgemeine Recht ſein.

Gegen dieſe Argumentation wäre an ſich nichts einzuwenden. Aber es iſt undenkbar, daß die Compilatoren der Pandekten der Regula Catoniana einen eigenen Titel würden eingeräumt haben, wenn ſie dieſe Regel als antiquirt angeſehen hätten; nicht zu gedenken der vielen zerſtreuten einzelnen Anwendungen derſelben.

B. Von den bei der Anordnung eines Legates in Betracht kommenden Perſonen. (§. §. 1007 — 1009.)

§. 1007.

A. Im Allgemeinen.

Was zuerſt die Perſon desjenigen betrifft, welcher das Legat anordnet, ſo iſt dazu jeder fähig, welcher ein Teſtament zu errichten fähig iſt, aber auch nur ein ſolcher [1]).

Zweitens kommt in Betracht die Perſon des Belaſteten, des Onerirten, des Gravirten. Und da iſt denn vor Allem in Betreff des Sprachgebrauchs zu bemerken, daß in den Quellen der Belaſtete häufig ſo bezeichnet wird: »is a quo legatum relinquitur«. Dieſe Worte ſind nicht ſo zu verſtehen: Derjenige, durch welchen das Legat angeordnet wird; ſondern ſie ſind in dem Sinne zu nehmen: Derjenige, dem durch das Legat etwas entzogen wird, derjenige, auf deſſen Koſten es hinterlaſſen wird. — Fragen wir nun aber weiter: Wem kann wirkſamer Weiſe eine ſolche Laſt auferlegt werden,

1) L. 2. L. 114. pr. D. d. legat. I. L. 1. pr. D. d. legat. III.

ſo iſt die Antwort: Jedem, der nach Grundſätzen des früheren Rechts mit einem Fideicommiſſe belaſtet werden konnte. S. §. 997.

Die dritte Perſon, auf die es ankommt, iſt die Perſon des Honorirten. In Beziehung auf dieſe iſt im Allgemeinen die Regel dieſe: Wer zum Erben eingeſetzt werden kann, aber auch nur ein Solcher, der kann auch mit einem Legate bedacht werden. Dieſemnach wird in der Perſon des Legatars namentlich Testamenti factio erfordert [2]). Und zwar ſieht man, wie bei der Erbeseinſetzung, ſo auch hier, nur auf den Augenblick des errichteten letzten Willens, und auf den Augenblick des Anfalls, nicht auf das Tempus intermedium [3]). S. §. 792.

Obgleich nun aber im Ganzen die Fähigkeit des Legatars nach den Grundſätzen bei der Erbeseinſetzung zu beurtheilen iſt, ſo finden ſich doch im Einzelnen Abweichungen:

Zuerſt muß ich hier eine Frage beantworten, die im §. 787. nicht ausdrücklich berührt worden iſt — nämlich, ob der Intestabilis fähig ſei, mit Legaten bedacht zu werden? Die Beantwortung der Frage beruht darauf, ob man ſagen kann, dem Legatar wird von den adhibirten Zeugen Zeugniß abgelegt. Bei einem Teſtamente iſt dies nicht der Fall, und daher wird der Intestabilis im Teſtamente mit Legaten bedacht werden können. Aber bei Codicillen, da wird dem Legatar Zeugniß abgelegt. S. §. 1001. Und daher ſcheint man behaupten zu müſſen, daß der Intestabilis in Codicillen mit Legaten nicht bedacht werden könne.

Zweitens: Rückſichtlich der licita collegia erinnere ich daran, daß ſie auch ohne ausdrücklich hierauf gerichtetes Privilegium mit Vermächtniſſen bedacht werden können. S. §. 792.

Drittens muß ich zum Verſtändniß der Quellen noch dieſes anführen: Wer einem eignen Sclaven ein Legat hinterlaſſen will, kann dies auf eine zwiefache Weiſe:

1. indem er den Sclaven zugleich teſtamentariſch manumittirt.

2) §. 24. I. h. t. (II, 20.) »Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est.«

3) S. L. 104. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1.

2. Indem er den Sclaven ſelbſt an irgend einen Dritten legirt, und nun dem ſo legirten Sclaven ein Vermächtniß ausſetzt [4]). Dies zuletzt bezeichnete Verfahren kommt bei der Erbeseinſetzung eines eignen Sclaven nicht vor.

B. Insbeſondere: (§. §. 1008. 1009.)

§. 1008.

a. Von der Perſon des Onerirten.

Beſondere Berückſichtigung verdient nur der Fall, da Mehre, und zwar mehre Erben gerade, mit einem und demſelben Vermächtniſſe belaſtet ſind. Hat dann der Teſtator darüber, in welcher Art das Vermächtniß auf jedem Einzelnen laſten ſoll, nicht eigens etwas vorgeſchrieben, ſo wird in der Regel die Laſt des Vermächtniſſes unter die mehren Erben vertheilt [1]). Indeſſen gibt es allerdings auch Fälle, in welchen die Belaſteten ſolidariſch verpflichtet ſind: ſo, wenn es auf eine untheilbare Leiſtung ankommt, bringt es die Natur der Sache mit ſich, daß die mehren Belaſteten als ſolidariſch verpflichtet angeſehen werden müſſen [2]). Und ferner: iſt den Mehren das Vermächtniß alternativ auferlegt, z. B. „Titius oder Mävius ſollen an den Sempronius die und die Summe zahlen“, ſo hat der Legatar die Wahl, von welchem der Belaſteten er das Ganze fordern will [3]).

Wenn ſich nun aber die Laſt des Vermächtniſſes vertheilt, ſo ſind, wofern der Teſtator es nicht eigens anders beſtimmt hat, die Antheile der Einzelnen an der gemeinſamen Laſt nicht gerade Kopftheile, ſondern es laſtet das Vermächtniß auf jedem Einzelnen nach Verhältniß ſeiner Erbſchaftsquote [4]). Es fragt

4) L. 69. pr. D. d. legat. I.

1) L. 86. §. 3. D. d. legat. I: »Si fundus ab omnibus legatus sit, qui unius heredis esset, is quidem, cujus fundus esset, non amplius, quam partem suam praestabit, ceteri in reliquas partes tenebuntur.«

2) L. 11. §. §. 23. 24. D. d. legat. III. L. ult. D. d. servitute legata. XXXIII, 3.

3) L. 8. §. 1. D. d. legat. I. L. 25. pr. D. d. legat. III.

4) L. 33. pr. D. d. legat. II. »Legatorum petitio adversus heredes pro partibus hereditariis competit, nec pro his, qui solvendo non sunt, onerari coheredes oportet.«

ſich indeſſen, ob nicht dann wenigſtens Kopftheile anzunehmen ſeien, wenn der Teſtator die einzelnen Belaſteten beſonders namhaft gemacht hat. Z. B. wenn er den A. in 2/3, den B. in 1/3 zu Erben eingeſetzt, und nun ein Legat zu Gunſten des C. nicht ſo angeordnet hat: „Meine Erben ſollen dem C. eine Summe von 1000 zahlen“; ſondern in der Art: »A. und B. ſollen dem C. 1000 geben.“ Hier fragt es ſich, werden A. und B. zu dieſen 1000 in dem Verhältniß von 2 zu 1 beizuſteuern haben, oder wird jeder von ihnen gleichviel, jeder alſo eine Hälfte herzugeben haben? Hierüber waren die claſſiſchen Juriſten verſchiedener Meinung, wie noch in verſchiedenen Stellen der Pandekten hervortritt [5]). Für das Juſtinianiſche Recht iſt indeſſen die in der letzten der Note 5 angeführten Stellen enthaltene Anſicht als die geltende zu betrachten — denn dieſe Stelle iſt aus den Schriften des Paulus, während die andern aus den Schriften früherer Rechtsgelehrten entlehnt ſind. Die Meinung des Paulus aber iſt die, daß auch in dieſem Falle die Regel, alſo die Theilung nach der Erbſchaftsquote Anwendung finde. Wenn daher auch vor Juſtinian die Römiſchen Juriſten in Beziehung auf dieſe Regel nicht allgemein einverſtanden waren, ſo behauptet ſie doch für das Juſtinianiſche Recht abſolute Geltung.

§. 1009.

b. Von der Perſon des Honorirten.

I. Kann einem Erben gültiger Weiſe ein Vermächtniß ausgeſetzt werden?

Im Allgemeinen iſt die Frage zu bejahen — nur darf nicht etwa der Honorirte ſelbſt durch das Legat belaſtet werden; inwieweit dies der Fall iſt, inſoweit iſt das Legat ungültig. Inwiefern daher der durch das Legat Belaſtete ein Anderer iſt, als

5) Man vergleiche L. 124. D. d. legat. I. (Neratius) L. 54. D. eod. (Pomponius.) L. 17. D. d. duob. reis constit. XLV, 2. (Paulus) »Sive a certis personis heredum nominatim legatum esset, sive ab omnibus, excepto aliquo, Atilicinus, Sabinus, Cassius, pro hereditariis partibus totum eos legatum debituros ajunt, quia hereditas eos obliget. Idem est, cum omnes heredes nominantur.«

der Erbe, welcher dadurch honorirt werden ſoll, inſofern ſteht der Gültigkeit des Legats nichts im Wege. Alſo wenn Einer z. B. den A. und den B. zu Erben einſetzt, und zu gleicher Zeit dem B. aufgibt, dem A. eine Summe Geldes zu zahlen, ſo iſt das Legat ſeinem ganzen Inhalte nach gültig. Denn der Honorirte A. und der Onerirte B. ſind zwei verſchiedene Perſonen.

Anders aber verhält es ſich da, wo der Honorirte ſelbſt durch das Legat beſchwert wird: hier iſt das Legat, inwieweit es auf dem Honorirten ſelbſt laſtet, ungültig. Z. B. wenn der Teſtator ſo geſagt hat: »A. und B. ſollen ein Jeder zur Hälfte Erben ſein; der A. aber ſoll mein Haus zum Voraus haben.« Hier muß zu dem Legate der A. ſelbſt die eine Hälfte hergeben, und daher iſt das Legat zur Hälfte ungültig, d. h. die eine Hälfte des Hauſes hat der A. nicht Jure legati, ſondern Jure hereditatis; die andere aber, welche der B. herausgeben muß, dieſe erhält A. allerdings Jure legati; in Hinſicht dieſer Hälfte alſo iſt das Legat gültig [1]).

In Anſehung des Sprachgebrauchs iſt Folgendes zu bemerken: Im weitern Sinne des Worts heißt jedes Legat, welches der Teſtator einem Erben hinterläßt, **Praelegatum**; im engern aber nur dasjenige, welches der Erbe zum Theil von ſich ſelbſt erhält. — Bei den Römiſchen Juriſten kommt übrigens der Ausdruck Praelegatum gelegentlich auch da vor, wo gar nicht von einem Legate an den Erben die Rede iſt. Wenn der Mann ſeiner Frau die Dos zurücklegirt, ſo wird dies Legat Praelegatum dotis genannt [2]).

II. Wie verhält es ſich in dem Falle, da ein und derſelbe Gegenſtand Mehren legirt iſt?

A. Im Allgemeinen ſtellt ſich hier die Sache ſo:

Hat der Teſtator eigens jedem Einzelnen nur einen gewiſſen Antheil angewieſen, ſo iſt das Legat nicht als Ein Legat zu betrachten, ſondern wir haben dann ein Aggregat mehrer Legate; daher kann denn auch jeder einzelne Legatar nur eben den ihm angewieſenen Antheil in Anſpruch nehmen.

1) L. 18. §. 2. D. d. his, quae ut indign. XXXIV, 9.

2) Siehe Tit. D. XXXIII, 4. De dote praelegata.

Wie nun aber, wenn der Teſtator keine Theile bezeichnet hat?

Nach älterem Rechte machte es einen weſentlichen Unterſchied, ob das Legat ein Damnationslegat war, oder ein Vindicationslegat. Bei einem Damnationslegat bekam, wenn die mehren Legatare in Einem und demſelben Satze bedacht waren, jeder Einzelne nur einen Kopftheil. Waren ſie aber bedacht in verſchiedenen Sätzen, ſo mußte der Erbe jedem Einzelnen das Ganze leiſten; es mußte dieſes ſo viel Mal geleiſtet werden, als die Zahl der Honorirten es mit ſich brachte. War eine Species legirt, ſo erhielt Einer die Sache ſelbſt, jeder der Uebrigen den Werth [3]). Anders ward es bei Vindicationslegaten gehalten; die mehren Legatare mochten in Einem oder in verſchiedenen Sätzen bedacht ſein, immer ſah man die Dispoſition des Teſtators ſo an: Er habe jedem einzelnen Legatar ein Recht auf das Ganze in dem Sinne geben wollen, daß eine Theilung nur inſoweit eintreten ſolle, als die Concurrenz einer Mehrzahl von Perſonen ſie von ſelber mit ſich führt [4]).

Im Juſtinianiſchen Rechte aber gilt allgemein von allen Vermächtniſſen dasjenige, was ich ſo eben von den Vindicationslegaten geſagt habe [5]).

Nun aber iſt

B. noch beſonders Rückſicht zu nehmen auf den Fall, da ſich unter den mehren Legataren, denen ein und derſelbe Gegenſtand ohne Theilung legirt iſt, ſolche Perſonen befinden, welche Legatare und Erben zugleich ſind — oder, da gar Alle dieſe beiden Eigenſchaften in ſich vereinigen.

Hier iſt die Regel dieſe: Inwieweit derjenige ſelbſt, welcher Erbe und Legatar zugleich iſt, durch das Legat belaſtet iſt, inſoweit iſt dieſes in Bezug auf ihn ungültig, inſoweit kommt es daher lediglich den Collegataren zu Statten; in Anſehung des

3) Gaj. II. §. 205. Ulp. XXIV. §. 13.

4) Gaj. II. §. 199. Ulp. XXIV. §. 12.

5) L. un. §. 11. C. d. caducis toll. VI, 51. §. 8. I. h. t. (II, 20.)

Reſtes aber finden die allgemeinen Grundſätze Anwendung [6]). Z. B. A. und B. ſind Erben, jeder zur Hälfte. Der Teſtator hat dem A. in Gemeinſchaft mit C. und D. ein zur Erbſchaft gehöriges Grundſtück legirt. Hier erhalten die Hälfte des Grundſtücks, welche A. ſelbſt hergeben muß, ausſchließlich die Collegatare C. und D.; in der andern auf dem B. laſtenden Hälfte aber concurrirt A. mit ihnen. Das Reſultat iſt, daß A. von dem Grundſtück 1/6 erhält, während die übrigen 5/6 an C. und D. fallen [7]).

Zuletzt muß ich noch dies hervorheben: Auch ſolche Collegatare, welche zugleich Erben ſind, concurriren, inwieweit ſie überhaupt Theil haben an dem Legat, doch nicht nach Verhältniß ihrer Erbſchaftstheile, ſondern nach Kopftheilen [8]).

C. Von dem möglichen Gegenſtande eines Legates. (§. §. 1010—1021.)

§. 1010.

A. Im Allgemeinen.

Bei einem jeden Legat geht die Abſicht desjenigen, welcher es anordnet, dahin, dem Legatar irgend einen Vortheil zuzuwenden. Sehen wir dabei nun auf die Art und Weiſe, wie dieſer Vortheil dem Legatar zugewandt wird, ſo führt uns das auf jenen Unterſchied, welcher der älteren Eintheilung in Damnations- und Vindicationslegate zum Grunde lag. Die Formeln und was damit zuſammenhing, das hat aufgehört, jener Unterſchied ſelbſt aber konnte nicht aufhören, da er in der Natur der Sache liegt. Nämlich der beabſichtigte Vortheil kann dem Legatar durch das Medium einer Leiſtung von Seiten des Belaſteten zugewandt werden, dergeſtalt, daß die nächſte Wirkung des Legats nur in einem obligatoriſchen Rechte des Legatars gegen

6) L. 34. §. 11. D. d. legat. I. »Si duobus res sit legata, quorum alter heres institutus sit, a semetipso ei legatum inutiliter videtur, ideoque quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit.«

7) L. 116. §. 1. D. eod. Ein anderes Beiſpiel ſiehe L. 34. §. 12. D. eod.

8) L. 67. §. 1. D. eod.

den Belaſteten beſteht. Der Vortheil, welcher dem Legatar zugedacht iſt, kann ihm aber auch unmittelbar und ohne das Medium einer ſolchen Leiſtung von Seiten des Belaſteten verſchafft werden, dergeſtalt, daß die nächſte Wirkung des Legats nicht darauf beſchränkt iſt, dem Legatar ein obligatoriſches Recht gegen den Belaſteten zu geben, ſondern daß dem Legatar vielmehr irgend ein anderweitiges, namentlich ein dingliches Recht zu Theil wird.

Wir können nun aber auch Rückſicht nehmen auf das Materielle des dem Legatar zuzuwendenden Vortheils ſelbſt — und dieſer Geſichtspunkt iſt es, welchen wir hier, vorzugsweiſe wenigſtens, ins Auge faſſen wollen. Dabei verſteht es ſich von ſelbſt, daß nicht jeder mögliche Fall zum Gegenſtande einer eigenen und beſonderen Betrachtung gemacht werden kann, ſondern daß wir uns auf das Wichtigſte beſchränken müſſen.

Dieſemnach wird nun zuerſt von ſolchen Legaten gehandelt werden, durch welche dem Legatar mittelbar oder unmittelbar ein dingliches Recht verſchafft werden ſoll.

B. Im Einzelnen. (§. §. 1011 — 1021.)

a. Von Legaten, durch welche dem Legatar unmittelbar oder mittelbar ein dingliches Recht verſchafft werden ſoll. (§. §. 1011 — 1015.)

α. Von Legaten zum Zweck des Eigenthums. (§. §. 1011 — 1013.)

§. 1011.

a. Ueberhaupt *).

DIG. XXXIII, 6. De tritico, vino, vel oleo legato. XXXIII, 7. De instructo, vel instrumento legato. XXXIII, 9. De penu

*) Die hier angeführten Titel der Pandekten beziehen ſich insgeſammt auf ſolche Legate, welche Uebertragung des Eigenthums, und zwar an gewiſſen Arten von Sachen zum Zweck haben. Der Hauptinhalt derſelben iſt darauf beſchränkt, anzugeben, welche Gegenſtände gemeint ſind, wenn der Teſtator das Object des Legats ſo, oder anders bezeichnet hat. Die hierüber gegebenen Regeln gründen ſich aber großen Theils auf die beſonderen Gebräuche und Gewohnheiten der Römer, und daher ſind ſie für uns von keiner ſonderlich praktiſchen Bedeutung.

legata. XXXIII, 10. De supellectile legata. XXXIV. 2. De auro, argento, mundo, ornamentis, veste, vel vestimentis et statuis legatis.

Es verſteht ſich von ſelbſt, daß ein Legat, wie wir es hier vorausſetzen, gleich von Anfang nichtig iſt, wenn der Gegenſtand deſſelben eine Sache iſt, die überall gar nicht exiſtiren kann; oder wenn die Sache zur Zeit der Anordnung bereits zu exiſtiren aufgehört hat. Und wie es in dieſen Fällen eine phyſiſche Unmöglichkeit iſt, welche die Wirkſamkeit des Legates verhindert, ſo tritt bei ſolchen Sachen, welche dem Verkehr ganz und gar entzogen ſind, eine juriſtiſche Unmöglichkeit ein, welche ebenfalls die Folge hat, daß das Legat gleich von Anfang ungültig iſt [1]).

Dagegen kann ein Legat, welches ſich auf eine Res futura bezieht, zu Recht ſehr wohl beſtehen. Nur hängt freilich die Wirkſamkeit deſſelben von dem Umſtande ab, ob die gehoffte und erwartete Exiſtenz der Sache zu einer wirklichen wird, oder nicht [2]).

Uebrigens, will der Teſtator den Legatar unmittelbar zum Eigenthümer einer Sache machen, ſo muß er, der Teſtator, ſelbſt Eigenthümer derſelben ſein. Indeſſen nur in dieſer Beziehung iſt es nothwendig, daß die Sache eine dem Teſtator eigenthümliche ſei. An und für ſich kann auch das Legat einer einem Andern gehörigen Sache gültig ſein; aber freilich, hier kann der Legatar zunächſt immer nur das obligatoriſche Recht erhalten, von dem Beſchwerten Uebertragung des Eigenthums zu fordern, ohne daß ſchon das Legat unmittelbar ihn zum Eigenthümer machte. Iſt nun die legirte Sache keine dem Teſtator ſelbſt gehörige, ſo ſind folgende Fälle möglich: Sie kann entweder dem Onerirten gehören, oder einem Solchen, der weder der Onerirte, noch auch der Honorirte iſt; oder endlich dieſem letzteren, dem Honorirten ſelbſt. Gehört die Sache dem Onerirten, ſo iſt dieſer ſchlechthin verpflichtet, ſie dem Legatar zu geben, ihn zum

1) §. 4. I. h. t. (II, 20.)

2) §. 7. I. h. t. L. 24. pr. D. d. legat. I. L. 17. pr. D. d. legat. III. L. 1. §. ult. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1.

Eigenthümer derſelben zu machen. Gehört ſie aber weder dem Onerirten, noch auch dem Honorirten ſelbſt, ſondern einem Dritten, ſo iſt das der Fall, für welchen man vorzugsweiſe den Ausdruck **Legatum rei alienae**, Legat einer fremden Sache, zu gebrauchen pflegt. Und da läßt ſich denn nun nicht ſo ſchlechthin behaupten, daß der Onerirte gehalten ſei, den Honorirten zum Eigenthümer zu machen.

Das Nähere hierüber wird in dem folgenden Paragraphen vorgetragen werden. Und eben ſo verſpare ich für einen eigenen Paragraphen, nämlich für den §. 1013., die beſondere Erwägung des Falls, da die legirte Sache eine dem Honorirten, alſo dem Legatar, ohnedies ſchon gehörige Sache iſt.

b. Insbeſondere: (§. §. 1012. 1013.)

§. 1012.

1. Von dem Legat einer fremden Sache.

Ein ſolches Legat iſt gültig, wenn der Teſtator es gewußt hat, daß die Sache eine fremde ſei; außerdem nicht. Das Nichtwiſſen wird vermuthet, und daher muß, im Fall des Streits, der Legatar die Wiſſenſchaft des Teſtators beweiſen [1]).

Iſt nun aber das Legat gültig, ſo iſt der Onerirte zunächſt dazu verpflichtet, den Legatar zum Eigenthümer zu machen. Um dieſen Zweck zu erreichen, wird er, in der Regel, ſuchen müſſen, erſt ſelbſt Eigenthümer zu werden, indem er die Sache etwa durch Kauf an ſich zu bringen ſucht. Wenn ihm nun aber alle Verſuche fehl ſchlagen, wenn der Eigenthümer die Sache entweder gar nicht ablaſſen will, oder wenn er einen unmäßigen Preis fordert, dann muß der Legatar ſich damit begnügen, daß ihm der Werth der Sache geleiſtet werde [2]).

1) L. 39. §. 7. D. d. legat. I. §. 4. I. h. t. (II, 20.) » . . . Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat, alienam rem esse, non et si ignorabat; forsitan enim, si scisset alienam, non legasset. Et ita D. Pius rescripsit, et verius esse, ipsum, qui agit, id est legatarium probare oportere, scisse alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere, ignorasse alienam, quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.« L. 21. D. d. probat. XXII, 3.

2) §. 1. I. d. singul. reb. per fideicommiss. rel. II, 24. L. 71. §. 3. D. d. legat. I. L. 14. §. 2. L. 30. §. ult. D. d. legat. III.

Wir haben bisher den Fall geſetzt, daß die Sache ſelbſt eine fremde ſei. Aber es mag bei dieſer Gelegenheit nun auch wohl die Frage aufgeworfen werden, wie es mit dem Legat einer eigenen, einem Fremden verpfändeten Sache zu halten ſei? Die volle Gültigkeit des Legats an und für ſich kann hier durchaus keinen Zweifel leiden; aber es fragt ſich: Hat der Onerirte die Verpflichtung, das Pfandrecht abzulöſen? oder iſt das eine Sache, die dem Legatar ſelbſt überlaſſen bleibt? Auch hier kommt es auf die Wiſſenſchaft des Teſtators an. Wußte er, daß die Sache verpfändet ſei, ſo muß der Onerirte ſie von dem auf ihr haftenden **Nexus pignoris** befreien; außerdem iſt die Ablöſung eine Sache, die dem Legatar überlaſſen bleibt 3).

§. 1013.

2. Von dem Legat einer dem Legatar gehörigen Sache.

Es fragt ſich: Kann man Jemanden gültiger Weiſe eine ihm ſelbſt gehörige Sache legiren?

Es wird, um Wiederholungen zu meiden, zweckmäßig ſein, dieſe Frage hier ſogleich vollſtändig und in allen Beziehungen zu beantworten — alſo nicht bloß Rückſicht zu nehmen auf dasjenige, wodurch die anfängliche Gültigkeit des Legats beſtimmt wird, ſondern zugleich auf die endliche Wirkſamkeit deſſelben. Dazu aber iſt nothwendig, daß wir uns zunächſt in den Zeitpunkt verſetzen, in welchem der Anfall des Legats ſich ereignen ſoll:

Angenommen nun zuerſt, daß in dieſem Augenblick die Sache dem Legatar nicht gehört, daß er aber Eigenthümer war zu der Zeit, als das Legat errichtet wurde. Hier kommt Alles darauf an, ob das Legat ein ſolches iſt, deſſen Anfall im Augenblick des Todes ſich ereignet, mit andern Worten, ob es ein

3) §. 5. I. h. t. L. 57. D. d. legat. I. L. 6. C. d. fideicommiss. VI, 42. »Praedia obligata per legatum vel fideicommissum relicta, heres luere debet, maxime cum testator conditionem eorum non ignoravit, aut si scisset, legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset. Si vero a creditore distracta sunt, pretium heres exsolvere cogetur, nisi contraria defuncti voluntas ab herede ostendatur.«

ſolches iſt, »**cujus dies cedit a morte testatoris**«, oder ob der Zeitpunkt des Anfalls noch von irgend einem andern Umſtande abhängig iſt außer dem Tode des Teſtators, wie dies namentlich bei bedingten Legaten der Fall iſt, wo der Anfall jederzeit abhängig iſt von der Erfüllung der Bedingung. Im erſteren Falle, da der Anfall des Legats ſich gleich bei dem Tode des Teſtators ereignen ſoll, da iſt das Legat nichtig; denn da unterliegt es der **Regula Catoniana**. Wäre der Teſtator im Augenblick des errichteten Legats geſtorben, ſo hätte ja das Legat nothwendig ohne Wirkung bleiben müſſen. Denn der Onerirte ſollte den Legatar zum Eigenthümer machen, dieſes aber war der Legatar ohnedies ſchon, und ſonach hatte das Legat gar keinen Inhalt. Wäre aber das Legat ungültig geweſen, wenn auf der Stelle der Teſtator geſtorben wäre, ſo kann eine zufällige ſpätere Veränderung der Umſtände demſelben nicht zu Statten kommen. Es iſt und bleibt ungültig [1]).

Mit dieſen Sätzen und den Stellen, woraus dieſelben unmittelbar hervorgehen (ſ. Note 1.), ſteht im Widerſpruch eine Stelle des Celſus **L. 1. §. 2. de regula Catoniana XXXIV, 7.**

> »**Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset.**«

Man hat freilich verſucht, den Widerſpruch durch Erklärung zu heben [2]). Meiner Ueberzeugung nach iſt aber der Widerſpruch gar nicht wegzuſchaffen. Celſus hatte die beſondere Meinung, ein Legat, wie wir es eben vorausgeſetzt haben, könne beſtehen. Aber dennoch müſſen wir bei der zuerſt angeführten Anſicht bleiben. Denn für dieſe ſpricht,

1. daß ſie allein den allgemeinen Grundſätzen angemeſſen iſt;

2. daß ſie ſich in der Mehrzahl der Stellen findet;

1) **§. 10. I. h. t. (II, 20.) L. 41. §. 2. D. d. legat. I. (Ulpianus.) L. 37. pr. D. d. legat. III. (Scaevola.) L. 13. C. h. t. (VI, 37.) (Diocletianus et Maximianus)**

2) Siehe u. A. **Vinnius ad §. 10. I. d. legat. II, 20.**

3. daß die Pandektenſtellen, in welchen ſie beſprochen wird, von ſpäteren Juriſten herrühren;

4. daß ſie in die Inſtitutionen und den Codex aufgenommen iſt.

Anders dagegen, als in dem bisher behandelten Falle ſteht es, wenn es in Beziehung auf die Zeit des Anfalls nicht bloß auf den Tod des Teſtators, ſondern noch auf andere Umſtände ankommt. Wir haben angenommen: Zur Zeit des Anfalls ſteht der Wirkſamkeit des Legats nichts im Wege, indem die Sache alsdann dem Legatar nicht gehört; das frühere Hinderniß aber kommt nicht in Betracht, weil hier die Regula Catoniana wegfällt. Alſo das Legat wird ſich wirkſam erweiſen [3]).

Jetzt wollen wir zweitens annehmen, daß der Legatar gerade zur Zeit des Anfalls Eigenthümer ſei.

Iſt er es nun auch früher ſchon geweſen, zur Zeit des errichteten Legates nämlich, ſo iſt das Legat ohne alle Wirkung.

War aber der Legatar damals, als das Legat angeordnet wurde, noch nicht Eigenthümer, ſo kommt es auf die Art und Weiſe an, wie er ſpäter zu dem Eigenthum der Sache gelangt iſt. Hat er die Sache unentgeltlich erworben, alſo ex causa lucrativa, ſo iſt das Legat ohne Wirkung; hat er die Sache aber erworben gegen Entgelt, alſo ex causa onerosa, ſo muß der Onerirte ihm dasjenige erſetzen, was er für die Sache gegeben hat [4]).

β. Von Legaten zum Zweck eines anderweitigen dinglichen Rechtes. (§. §. 1014. 1015.)

§. 1014.

a. Ueberhaupt.

Ein Legat kann auch darauf berechnet ſein, dem Legatar ein Jus in re zu verſchaffen, alſo eine Servitut, oder eine Emphyteuſis, oder eine Superficies, oder ein Pfandrecht. Und

3) cit. L. 41. §. 2. D. d. legat. I. L. 98. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1.

4) §. 6. I. h. t. L. 31. §. 7. L. 108. §. §. 4–6. D. d. legat. I.

zwar läßt ſich dabei im Allgemeinen ein **doppelter** Fall denken:

Es kann ſein, daß der Teſtator das Recht, welches den Gegenſtand des Legates ausmachen ſoll, ſelbſt bereits hat, und daß der Zweck des Legats nur darin beſteht, dieſes Recht auf den Legatar zu übertragen — wobei dann freilich vorausgeſetzt werden muß, daß das Recht Uebertragung geſtattet, was bei Servituten bekanntlich nicht der Fall iſt.

Es läßt ſich aber ferner auch denken, daß das Recht noch gar nicht vorhanden iſt, daß es durch das Vermächtniß allererſt hervorgebracht werden ſoll. Iſt alsdann die Sache, worauf es ſich beziehen ſoll, eine ſolche, welche dem Teſtator ſelbſt angehört, ſo wird das beabſichtigte **Jus in re** durch das Legat unmittelbar hervorgebracht werden. Außerdem aber wird der Legatar nur das Recht erhalten, zu fordern, daß der Belaſtete ihm das von dem Teſtator bezeichnete **Jus in re** verſchaffe; wobei dann dasjenige, was ich im §. 1011. über das Legat des Eigenthums an einer den Onerirten gehörigen Sache geſagt habe, eine analoge Anwendung findet. Nämlich, wenn mir der Teſtator ein **Jus** legirt hat an einer dem Onerirten gehörigen Sache, ſo wird dieſer ſchlechthin verbunden ſein, mir dieſes **Jus in re** zu conſtituiren. Aber eben ſo findet hier eine analoge Anwendung auch das in dem §. 1012. Vorgetragene. Bezieht ſich nämlich das Legat auf ein **Jus in re** an einer einem Dritten gehörigen Sache, ſo wird der Belaſtete mir das **Jus in re** zu verſchaffen nur dann verbunden ſein, wenn der Teſtator wußte, daß die Sache einem Dritten gehöre. Und ferner: Gehört die Sache mir ſelbſt, oder habe ich an ihr bereits dasjenige **Jus in re**, welches den Gegenſtand des Legates ausmacht, ſo finden analoger Weiſe die im §. 1013. aufgeſtellten Grundſätze Anwendung.

Uebrigens wird in unſeren Quellen von ſolchen Legaten am ausführlichſten gehandelt, welche die Begründung einer Servitut zum Gegenſtande haben. Davon alſo jetzt noch beſonders im folgenden Paragraphen.

§. 1015.

b. Insbeſondere von dem Legat einer Servitut.

† DIG. XXXIII, 2. De usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis. XXXIII, 3. De servitute legata.

Von dem Legate einer Prädial-Servitut handelt Dig. XXXIII, 3. Von dem Legate einer perſönlichen Servitut Dig. XXXIII, 2. Ganz vorzüglich aber wird in den Quellen Rückſicht genommen auf das Legat gerade des Ususfructus. Hierbei wollen wir ſtehen bleiben. Es iſt darüber Folgendes zu bemerken:

1. Will der Teſtator an einer zum Nachlaß gehörigen Sache Ususfructus und Proprietät von einander trennen, ſo kann er dies auf eine dreifache Weiſe bewerkſtelligen [1]): Er kann einmal bloß den Ususfructus zum Gegenſtande eines Legats machen, da es ſich dann von ſelbſt verſteht, daß die Proprietät dem Erben verbleibt. Ferner: Er kann die Sache ſelbſt, aber deducto usufructu, legiren. Dann hat umgekehrt der Legatar die Proprietät, und der Erbe hat den Ususfructus, aber nur der unmittelbare Erbe, nicht auch der Erbe des Erben [2]). Endlich: Der Teſtator kann ſowohl die Proprietät, als den Ususfructus legiren, nämlich dem Einen die Proprietät, dem Andern den Ususfructus, da dann der Erbe ganz leer ausgeht. Will er nun aber in dieſem Falle, daß der eine Legatar nur eben die Proprietät erhalten ſoll, ſo muß er das ausdrücklich bevorworten. Z. B. wenn er ſo ſagt: »Titio fundum detracto usufructu lego: Sejo ejusdem fundi usumfructum«, ſo erreicht er damit allerdings ſeinen Zweck: denn in den Worten »fundum detracto usufructu« liegt ganz beſtimmt die Erklärung, daß Titius nur die Proprietät haben ſoll. Dagegen, wenn der Teſtator ſich ſo ausdrückt: »Titio fundum, Sejo ejusdem fundi usumfructum lego«, ſo fehlt es in dieſem Falle an jener hinlänglich beſtimmten und genauen

1) Vergl. §. 1. I. d. usufructu. II, 4.

2) L. 14 C. d. usufructu etc. III, 33. (Justinianus.) A. 530.

Erklärung, und der Erfolg iſt nun der: Die Proprietät erhält allein der Titius; in Hinſicht des **Usufructus** aber werden Titius und Sejus als Collegatare betrachtet, dergeſtalt, daß Titius zur Hälfte auch an dem **Usufructus** Antheil hat [3]).

2. Der Teſtator kann den **Usufructus** im Ganzen legiren; er hat es aber auch in ſeiner Gewalt ihn gleichſam in eine Vielheit von Legaten aufzulöſen, indem er ihn **in singulos annos, in singulos menses, in singulos dies** legirt. Dies hat den Vortheil für den Legatar, daß er nun gegen den Verluſt um Vieles geſicherter iſt. Wenn ſich z. B. bei einem **Usufructus in singulos annos relictus** irgend etwas zuträgt, wodurch der **Usufructus** für das laufende Jahr verloren geht, ſo fängt für das nächſte Jahr ein neuer **Usufructus** an [4]). Von ähnlicher Art iſt der Fall, wo der Teſtator den **Usufructus** auf die Weiſe legirt, daß er das Legat für den Fall des Verluſtes geradezu wiederholt [5]). Eine ſolche Wiederholung für den Fall des Verluſtes iſt ſtillſchweigend enthalten in jedem Legat des **Usufructus**, welches dieſen dem Legatar ausdrücklich auf Lebenszeit, oder auf eine beſtimmte Reihe von Jahren zuſichert [6]).

3. Merkwürdig iſt, daß bei einem legirten **Usufructus** der Teſtator die **Cautio usufructuaria** dem Fructuar nicht erlaſſen kann [7]). Darin unterſcheidet ſich der legirte **Usufructus** von jedem andern: denn wenn unter Lebendigen ein **Usufructus** conſtituirt wird, ſo hängt es ganz und gar von der Willkür des Conſtituenten ab, dem Fructuar die Caution zu erlaſſen. Der Grund dieſes Unterſchieds iſt ſchwer einzuſehen: aber daß die Geſetze den Unterſchied machen, läßt ſich nicht läugnen. Vgl. §. 295. II, 5.

4. Noch hat das Legat des **Usufructus** manches Eigenthümliche, wodurch es ſich von andern Legaten unterſcheidet, theils in Bezug auf die Zeit, theils in Bezug auf das **Jus accrescendi**. Davon weiterhin. §. 1046, §. 1051.

3) L. 19. D. h. t.

4) L. 1. §. 3. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII, 4.

5) L. 3. pr. D. eod.

6) cit. L. 3. pr. D. eod.

7) L. 7. C. ut in poss. legator. etc. VI, 51.

b. Von Legaten in Bezug auf Forderungen.

§. 1016.

α. Von dem Legatum nominis.

Unter einem Legatum **nominis** verſteht man ein Legat, wodurch dem Legatar der Vortheil einer Forderung zugewandt werden ſoll, welche der Teſtator an irgend einen Dritten hat.

Die Wirkung eines ſolchen Legats iſt dieſe: Die Forderung geht auf den Erben über; dieſer aber iſt verbunden, ſie dem Legatar zu cediren. Genügt er dieſer Verbindlichkeit nicht, ſo kann der Legatar die der Forderung entſprechende Klage in der Geſtalt einer **utilis**, auch ohne alle Ceſſion, anſtellen, und ſo den Betrag der Forderung von dem Schuldner beitreiben [1]).

Uebrigens ſetzt die Gültigkeit eines ſolchen Legats voraus, daß die Forderung, welche der Teſtator legirt, wirklich vorhanden ſei. Sonſt iſt das Legat ohne alle Wirkung [2]).

§. 1017.

β. Von der Liberatio legata *).

† **DIG. XXXIV, 3.** De liberatione legata. — **COD. VI, 44.** De falsa causa adjecta legato vel fideicommisso.

Der Zweck eines ſolchen Legates beſteht darin, einem Schuldner Befreiung von der ihm obliegenden obligatoriſchen Verpflichtung zu verſchaffen. Der häufigſte Fall wird der ſein, daß das Legat ſich bezieht auf eine Schuld, in welcher der Legatar gegen den Teſtator ſelbſt ſteht. Aber es kann Jemanden füglich auch Befreiung von einer Schuld gegen den Belaſteten, oder gegen irgend einen Dritten legirt werden [1]).

Uebrigens verſteht es ſich, daß das Legat zu ſeiner Gültig-

1) §. 21. I. h. t. (II, 20.) L. 18. C. eod. (VI, 37.) »Ex legato nominis, actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest, utilibus autem suo nomine experietur.«

2) L. 75. §. §. 1. 2. D. d. legat. I.

*) Oder, wie die Neueren zu ſagen pflegen, von dem Legatum liberationis.

1) L. 8. pr. D. h. t.

keit die Exiſtenz der Forderung vorausſetzt, von welcher der Legatar befreit werden ſoll. Außerdem iſt es ohne Gegenſtand 2).

Ueber die Wirkungen der Liberatio legata iſt Folgendes zu merken: Ipso jure wird der Schuldner nicht frei; aber er hat eine Klage gegen den Belaſteten, daß dieſer ihm Befreiung gewähre oder verſchaffe 3). Bezieht ſich das Legat auf eine Forderung des Teſtators, oder des Belaſteten, ſo verſchafft es dem Legatar überdies eine Exceptio. Er kann dann abwarten, daß gegen ihn geklagt werde, und dieſer Klage eine auf das Legat gegründete Einrede entgegenſetzen 4).

Ich muß bei dieſer Gelegenheit noch einer andern ähnlichen Art von Legaten gedenken. Nämlich wie Befreiung von einer Schuld, ſo kann auch Stundung den Gegenſtand eines Legats ausmachen. Wer an Jemanden eine Forderung hat, kann ſeinem Erben aufgeben, dieſe Forderung vor Ablauf einer gewiſſen Zeit nicht einzuklagen. Dann hat der Legatar während der vom Teſtator bezeichneten Friſt eine Einrede gegen die Klage des Erben 5). Ein ſolches Legat gewährt dem Legatar, außer der Befriſtung, auch noch den Vortheil: Iſt die Schuld eine verzinsliche, ſo braucht er für die Zeit der Befriſtung keine Zinſen zu zahlen 6).

§. 1018.

γ. Von dem ſ. g. Legatum debiti.

DIG. XXXIII, 4. De dote praelegata. — COD. VI, 44. De falsa causa adjecta etc.

Unter dem ſ. g. Legatum debiti denkt man ſich ein Legat, vermittelſt deſſen der Teſtator ſeinem Gläubiger dasjenige legirt, was er ihm ſchuldig iſt.

Dabei entſteht aber die Frage, ob denn überhaupt ein ſolches Legat gültiger Weiſe angeordnet werden könne? Nämlich,

2) L. 25. D. h. t. Die in dieſer Stelle vorkommenden Worte »Sed poterit hoc dici etc.« ſind zu emendiren in: »Sed non poterit etc.«, wie der Zuſammenhang zeigt.

3) L. 3. §. 3. D. h. t. §. 13. I. h. t. (II, 20.)

4) cit. §. 13. I. h. t.

5) cit. §. 13. I. h. t. L. 8. §. 1. D. h. t.

6) L. 8. §. 2. D. h. t.

jedes Legat ſoll, ſeinem Begriffe nach, eine Aeußerung der Freigebigkeit ſein, es ſoll eine Schenkung ſein im weitern Sinne des Worts. Wenn nun aber der Teſtator dem Legatar nur eben dasjenige vermacht, was er ihm ſchuldig iſt, ſo iſt das keine Aeußerung der Freigebigkeit. Daher iſt denn auch ein **Legatum debiti** in der That nichtig, wenn es dem Legatar gar keinen Vortheil gewährt, wenn er dadurch in keiner Beziehung mehr erhält, als ihm ſchon ohne dies zukommt[1]. Iſt aber mehr enthalten in dem Legat, als in der obligatoriſchen Verpflichtung, worauf es ſich bezieht, ſo gilt das Legat, und zwar nicht etwa in Beziehung auf dieſes Mehre, ſondern es gilt nun überhaupt, ſeinem ganzen Inhalte nach. Es kann aber auf mehr als eine Weiſe mehr ſein in dem Legat. Namentlich kann der Teſtator die Schuld höher angegeben haben, als ſie ſich wirklich beläuft; und dann muß dieſes Mehre geleiſtet werden. Es geht dies ſo weit: Wenn der Teſtator den Gegenſtand der Schuld angegeben hat, ſo gilt das Legat ſelbſt alsdann, wenn überall gar keine Schuld vorhanden iſt; daß der Teſtator den Gegenſtand des Legates als eine Schuld bezeichnet hat, wird lediglich als eine **falsa demonstratio** angeſehen — es iſt aber eine allgemeine Regel, »**falsa demonstratione legatum non perimi**[2]. Nur dann, wenn der Teſtator geſagt hat: Ich vermache dem Titius, was ich ihm ſchuldig bin, ohne zugleich den ſchuldigen Gegenſtand zu bezeichnen, dann gilt allerdings das Legat nicht, ſobald ſich zeigt, daß der Teſtator gar nichts ſchuldig geweſen ſei[3]. — Ferner: Setzen wir, der Teſtator iſt dem Legatar eine Summe erſt nach dem Ablauf einer gewiſſen Zeit ſchuldig. Hier reicht zu einem Mehr ſchon das hin, daß nun der Legatar ſogleich Bezahlung zu fordern befugt iſt, noch ehe die beſtimmte Zeit abgelaufen iſt[4]. Eben dieſer Vortheil der Repräſentation kann alsdann aus dem Legate hervorgehen, wenn die Schuld eine bedingte, das Legat aber ein **Legatum purum** iſt. Näm-

1) §. 14. I. h. t. (II, 20.)
2) S. §. 30. I. h. t. Vgl. L. 75. §. 1. D. d. legat. I. L. 25. i. f. D. d. liberat. leg. XXXIV, 3. L. 2. C. d. falsa causa adj. leg. etc. VI, 44.
3) cit. L. 75. §. 1. D. d. legat. I.
4) cit. §. 14. I. h. t.

lich, wenn hier der Anfall des Legats früher eintritt, als die Erfüllung der Bedingung, ſo beſteht der Vortheil darin, daß der Erbe ſchon jetzt zu zahlen verpflichtet iſt. Aber das Legat kann in dieſem Falle ſogar mit einem noch viel bedeutendern Vortheil für den Legatar verbunden ſein: Es kann ſein, daß die Bedingung der Schuld ausfällt; dann hätte der Legatar ohne das Legat gar nichts zu fordern, während er nunmehr den Betrag der Schuld auf den Grund des Legates allerdings zu fordern berechtigt iſt [5]). Alſo: das pure hinterlaſſene Legat eines in diem vel sub conditione debiti kann bloß dadurch, daß es pure hinterlaſſen iſt, dem Legatar Vortheil gewähren. Und weil es dieſen Vortheil gewähren kann, ſo wird es nun ſchlechthin als gültig betrachtet, geſetzt auch, daß es dem Erfolge nach jenen Vortheil nicht gewährt. Daher kann der Legatar auf den Grund des Legates klagen, ſelbſt wenn der Dies oder die Conditio noch bei des Teſtators Leben eintritt [6]). — Der Vortheil des Legates kann auch darin beſtehen, daß dem Erben dadurch eine Exceptio verloren geht, die er außerdem der Klage des Gläubigers hätte entgegenſetzen können [7]).

Eine eigenthümliche Species des Legatum debiti iſt das ſogenannte **Praelegatum dotis**. Nämlich ein Legat kann überhaupt zu dem Begriffe einer Dos in einer zwiefachen Beziehung ſtehen:

Erſtens: Es kann die Abſicht darauf gerichtet ſein, eine Dos zu conſtituiren. So kann dem Erben durch Vermächtniß die Verpflichtung auferlegt werden, für ein beſtimmtes Frauenzimmer im Fall der Verheirathung eine Dos zu beſtellen [8]). Und eben ſo kann einem beſtimmten Manne, als gegenwärtigem oder künftigem Ehemanne einer beſtimmten Frau, geradezu etwas vermacht werden, mit der Beſtimmung, daß er es als Dos haben ſolle [9]). In dieſen Fällen nennt man das Legat **Legatum dotis**.

5) cit. §. 14. I. h. t.
6) cit. §. 14. I. h. t.
7) L. 28. pr. D. d. legat. I.
8) L. 77. §. 9. D. d. legat. II.
9) L. 71. §. 3. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1. L. 48. §. 1. D. d. I. D. XXII, 3.

Zweitens: Es kann Jemand eine Dos, die er ſelbſt empfangen hat, der Frau, oder wer ſonſt Herausgabe derſelben zu fordern berechtigt iſt, vermittelſt eines Legates *wieder erſtatten, zurückgeben* [10]). Dann iſt das Legat ein Praelegatum dotis. Praelegare iſt in dieſer Zuſammenſtellung ſo viel, als *relegare* [11]). Und dieſes Legat iſt dann eben nichts Anderes, als ein Legatum debiti. Der Vortheil eines ſolchen Legats kann in der Repräſentation liegen; aber auch darin: Sonſt kann die Dos nur unter der Vorausſetzung zurückgefordert werden, daß ſie wirklich inferirt iſt; das Praelegatum dotis aber kann auch ohne alle Illation geltend gemacht werden, vorausgeſetzt nur, daß der Teſtator den Gegenſtand der prälegirten Dos bezeichnet hat; hat er dies nicht gethan, und iſt auch die Dos in der That nicht inferirt, dann iſt freilich das Legat ungültig [12]).

§. 1019.

c. Von Legaten, welche eine ſ. g. Universitas juris zum Gegenſtande haben.

DIG. XXXIII, 8. De peculio legato.

Auch eine Universitas, ein Begriffganzes, kann den Gegenſtand eines Legates ausmachen; und zwar nicht bloß eine ſ. g. Universitas *facti*, wie z. B. eine Heerde, eine Bibliothek u. ſ. w., ſondern auch eine Universitas *juris*. Dies Letztere iſt es, wovon hier jetzt die Rede ſein ſoll:

Bei den Römern gehörte dahin unter Andern das Legat eines Peculium. Häufig nämlich geſchah es, daß Jemanden ein Sclav legirt wurde mit ſammt dem dieſem Sclaven gegebenen Peculium; oder der Herr gab in ſeinem Teſtamente dem Sclaven die Freiheit, und legirte nun dieſem ſelbſt das Peculium, welches er gehabt hatte [1]).

10) §. 15. I. h. t.

11) Von dieſem Prälegat der Dos handelt der ob. angeführte Tit. Dig. XXXIII, 4.

12) cit. §. 15. I. h. t. L. 3. L. 5. C. d. falsa causa adj. leg. VI, 44.

1) Auf dieſes Legat eines Peculium eben bezieht ſich der oben angeführte Tit. Dig. XXXIII, 8.

Ferner iſt hieher zu rechnen das zur Zeit der claſſiſchen Juriſten übliche Legat einer Theilung der Erbſchaft, einer **Partitio hereditatis**, worüber ich mich um ſo mehr etwas näher erklären muß, als außerdem Manches, was in der Lehre von den Fideicommiſſen der Erbſchaft vorkommen wird, unverſtändlich bleiben würde.

Der Teſtator gab bei einem Legate der bezeichneten Art dem Erben auf, die Erbſchaft mit dem Legatar zu theilen; dieſem einen beſtimmten Theil der Erbſchaft abzugeben. Daher hieß dabei der Legatar **Legatarius partiarius**. Jedoch dürfen wir durchaus nicht an eine univerſelle Succeſſion von Seiten des **Legatarius partiarius** denken — ſonſt hätte er ja aufgehört, Legatar zu ſein; er wäre dann Miterbe geweſen. Dieſes aber war er durchaus nicht; alle Rechte, alle Verpflichtungen des Verſtorbenen gingen lediglich und allein auf den Erben über, der nun aber allerdings von den Vortheilen der Erbſchaft einen beſtimmten Theil an den Legatar abzugeben hatte, und dagegen verlangen konnte, daß der Legatar einen verhältnißmäßigen Theil an den Nachtheilen übernehme. Zum Behuf der Auseinanderſetzung und gegenſeitigen Sicherſtellung, daß Keiner zu kurz käme, pflegten eigene Stipulationen eingegangen zu werden, welche man **Partis et pro parte stipulationes** nannte [2]).

In ſpäterer Zeit ſcheint dieſe Art von Legaten außer Gebrauch gekommen zu ſein; jedoch ohne daß man überhaupt aufgehört hätte, gelegentlich eine Erbſchaftsmaſſe zum Gegenſtande eines Legates zu machen. Allerdings: wenn ich Jemanden zum Erben einſetze, und ihm aufgebe, dieſe meine Erbſchaft an einen Dritten herauszugeben, ſo iſt das ein univerſelles Fideicommiß, und gehört nicht hieher. Wohl aber iſt, wenigſtens der richtigeren Anſicht zu Folge, nach den Grundſätzen von Legaten und Singular-Fideicommiſſen der Fall zu beurtheilen, da der Teſtator ſelbſt z. B. den Mävius beerbt hat, und nun ſeinem Erben aufgibt, dieſe Erbſchaft des Mävius an irgend einen

2) Siehe Gaj. II. §. 254. Ulp. XXIV. §. 25. XXV. §. 15. §. 5. I. d. fideicommiss. hered. II, 23.

Dritten herauszugeben[3]). Oder denken wir uns: Sempronius hat den Titius beerbt; und ich ſetze den Sempronius zu meinem Erben ein, zugleich aber gebe ich ihm auf, jene ihm zugefallene anderweitige Erbſchaft, die Erbſchaft des Titius, an den Gajus abzuliefern — da haben wir auch ein Legat, deſſen Gegenſtand eine Universitas juris iſt[4]). Dieſe Beiſpiele von Legaten, die eine Universitas juris zum Gegenſtande haben, mögen genügen. Es können noch gar manche andere vorkommen. So wenn Jemand einem Andern eine Handlung vermacht u. ſ. w.

§. 1020.

d. Von Legaten, durch welche der Belaſtete zu wiederholten Leiſtungen verpflichtet wird.

DIG. XXXIII, 1. De annuis legatis vel fideicommissis. XXXIV, 1. De alimentis vel cibariis legatis.

Dergleichen Legate werden, je nachdem die Leiſtung, zu welcher ſie den Belaſteten verpflichten, jährlich oder monatlich wiederholt werden ſoll, Annua oder Menstrua legata genannt. Die eigenthümlichen Grundſätze aber, welche hinſichtlich der Annua legata gelten, und welche auf die Menstrua legata eine analoge Anwendung finden, ſind folgende:

Ein Annuum legatum wird als ein Aggregat mehrer Legate betrachtet: ſo viele Jahre, ſo viele Legate[1]). Daher findet dabei auch kein auf das Ganze Bezug habender Anfall Statt; ſondern: Für das erſte Jahr ereignet ſich der Anfall mit dem Tode des Teſtators, für jedes folgende aber erſt mit dem Anfange des Jahres[2]). Da nun ein Legat überhaupt nur inſofern wirkſam iſt, als der Legatar den Anfall deſſelben erlebt, ſo folgt, daß ein einer phyſiſchen Perſon hinterlaſſenes Annuum legatum mit dem Tode des Honorirten aufhören muß[3]), wenn

3) L. 76. §. 1. D. d. legat. II. Vgl. Mühlenbruch, Pand. §.745.

4) L. 17. §. 1. L. 27. §. 9. D. ad SCtum Trebell. XXXVI, 1.

1) L. 4. D. d. annuis legat. etc. L. 10. L. 20. quando dies legator. etc. XXXVI, 2.

2) L. 12. pr. et §. §. 1. 3. D. eod.

3) cit. L. 4. D. d. annuis legat. etc. cit. L. 20. D. quando dies legator. etc.

nicht der Teſtator zu erkennen gegeben hat, daß es auch den Erben des Honorirten zu Statten kommen ſolle [4]. Außerdem haben die Annua legata noch etwas Beſonderes in Bezug auf die Falcidiſche Quart, worüber weiterhin Auskunft gegeben werden wird. §. 1034.

Eine eigenthümliche Art der Annua legata ſind die Alimenta legata. Dieſes Legat umfaßt außer den Cibaria, d. h. außer den erforderlichen Nahrungsmitteln, auch Kleidung und Wohnung; in der Regel aber nicht auch Erziehungs- und Unterrichtskoſten [5]. Uebrigens pflegt man aus L. 11. D. d. alim. v. cibar. legat. XXXIV, 1. [6] zu ſchließen, daß Alimente auch denjenigen gültiger Weiſe hinterlaſſen werden können, welche im Allgemeinen unfähig ſind, mit Legaten bedacht zu werden. Eine anderweitige Begünſtigung beſteht darin: Wenn Jemanden Alimente bis zu erlangter Pubertät hinterlaſſen ſind, ſo nimmt man an, es ſei mit der Pubertät bei Masculi ein Alter von achtzehn, bei Feminae ein Alter von vierzehn Jahren gemeint [7]. Vergl. §. 38.

§. 1021.

e. Von Legaten, bei welchen die genauere Beſtimmung des Gegenſtandes von einer zu treffenden Wahl abhängt.

DIG. XXXIII, 5. De optione vel electione legata.

Eine ſolche Wahl kommt vor:

Erſtens in dem Falle, da der Gegenſtand des Legats nur der Gattung nach bezeichnet iſt, da alſo unbeſtimmte Individuen aus einer beſtimmten Gattung legirt ſind. Die Römer ſagen in dieſem Falle, es iſt eine Sache generaliter legirt. Die Neueren brauchen den Ausdruck: Legatum generis.

Zweitens: Es kommt nun aber eine Wahl auch in dem Falle vor, da individuell beſtimmte Gegenſtände alternativ

4) L. 22. C. d. legat. VI, 37.

5) L. 6. L. 7. D. d. alim. v. cibar. legat.

6) »Is, cui annua alimenta relicta fuerant, in metallum damnatus, indulgentia Principis restitutus est. Respondi, eum et praecedentium annorum recte cepisse alimenta, et sequentium deberi ei.«

7) L. 14. §. 1. D. eod.

legirt ſind. Die Neueren bezeichnen ein ſolches Legat ſo: **Legatum alternativum.** Von jedem dieſer beiden Fälle iſt beſonders zu handeln.

I. Legatum generis.

A. Es kann ſein, daß der Teſtator dem Einen oder dem Andern ausdrücklich die Wahl gegeben hat. Namentlich kann der Teſtator ausdrücklich dem Legatar das Recht ertheilt haben, unter mehren zum Nachlaß gehörigen Sachen einer gewiſſen Gattung diejenige, welche ihm anſteht, ſich auszuwählen. Dann ſagen die Römer, es ſei dem Legatar die **Optio** oder die **Electio** einer Sache legirt. Das Legat ſelbſt wird **Optionis legatum** genannt [1]). Der Legatar iſt hier in ſeiner Wahl inſofern durchaus nicht beſchränkt, als er unbedenklich das Beſte wählen darf [2]). In andern Fällen verhält ſich daſſelbe, wie wir weiterhin ſehen werden, nicht ſo. — Nach älterem Rechte behandelte man das **Legatum optionis** als ein ſolches, welches eine Bedingung enthalte; der Legatar hatte, ehe und bevor er gewählt hatte, gar kein Recht, und daher transmittirte er denn auch das Legat nicht auf ſeine Erben, wenn er vor getroffener Wahl ſtarb. Nach Juſtinianiſchem Rechte geht die Wahl auf die Erben des Legatars über [3]). Außerdem hat Juſtinian noch verordnet: Wenn mehre Legatare gemeinſchaftlich zu wählen haben, oder mehre Erben Eines Legatars, und man ſich über die Wahl nicht einigen kann, ſo ſoll das Loos den Ausſchlag geben. In der Art: Derjenige, den das Loos trifft, deſſen Wahl entſcheidet; er erhält die Sache, und gibt den Uebrigen den Werth ihrer Antheile heraus [4]).

Eben ſo kann aber auch ausdrücklich dem belaſteten Erben die Wahl gegeben werden. Da gilt dann die Regel, daß der Erbe nicht gerade das Schlechteſte auswählen darf [5]).

Endlich die Wahl kann auch ausdrücklich einem Dritten übertragen ſein. Hierüber enthält **L. ult. §. 1. C. communia**

1) Von dieſem Falle handelt der oben angeführte Tit. Dig. XXXIII, 5.

2) L. 2. pr. D. tit. cit.

3) §. 23. I. h. t. (II, 20.) L. ult. pr. C. communia de legat. etc. VI, 43.

4) S. die vorige Note.

5) L. 110. D. d. legat. I.

de legat. etc. VI, 43. folgende Beſtimmung: Wenn ein Jahr hingegangen iſt, ohne daß der Dritte gewählt hat, oder wenn dieſer ſtirbt, ſo geht die Wahl auf den Legatar über, der aber nicht das Beſte wählen darf.

B. Nun aber kann es auch ſein: der Teſtator hat eine Sache in genere legirt, ohne in Hinſicht der Wahl irgend etwas feſtgeſetzt zu haben.

Nach älterem Rechte ſcheint hier bei Vindicationslegaten der Legatar, bei Damnationslegaten der Erbe die Wahl gehabt zu haben. Dagegen heißt es im §. 22. I. d. legat. II, 20. allgemein: Wenn eine Sache generaliter legirt iſt, ſo hat der Legatar die Wahl [6]. Indeſſen darf doch der Legatar nicht gerade das Beſte wählen [7], und überdies iſt die ganze Beſtimmung auf den Fall zu beſchränken, da Sachen der legirten Art ſich in dem Nachlaſſe vorfinden, dergeſtalt, daß der Legatar nur eben unter dieſen Sachen wählen kann. Außerdem hat der belaſtete Erbe die Wahl [8], nur darf er nicht das Schlechteſte wählen [9].

II. Das ſ. g. Legatum alternativum.

Dabei kann ebenfalls der Teſtator dem Einen oder dem Andern die Wahl ausdrücklich gegeben haben [10]. In Ermangelung einer ſolchen ausdrücklichen Beſtimmung hatte nach älterem Rechte auch hier beim Vindicationslegate der Legatar, beim Damnationslegate der Erbe die Wahl [11]. Im Juſtinianiſchen Rechte iſt auf das alternative Legat analoger Weiſe anzuwenden, was ich vorhin von dem Legatum generis geſagt habe. Nur, wer auch immer die Wahl hat, der Honorirte oder der Onerirte, er kann wählen, was er will, das Beſte ſo gut, als das Schlechteſte.

Zum Beſchluß muß ich aber noch einer Regel gedenken, welche ſich auf alle und jede Fälle der Wahl bezieht: die einmal getroffene Wahl iſt unabänderlich [12].

6) Damit ſtimmt überein L. 2. §. 1. D. d. optione v. elect. leg.

7) L 37. pr. D. d. legat. I.

8) Wie ſich ergibt aus L. 3. pr. L. 4. D. d. tritico, vino vel oleo leg. XXXIII, 6.

9) cit. L. 37. pr. D. d. legat. I.

10) L. 9. pr. L. 19. D. d. optione v. elect. leg.

11) Vgl. L. 34. §. 14. D. d. legat. I. L. 19. L. 23. D. d. legat. II.

12) L. 5. pr. L. 84. §. 9. D. d. legat. I. cit. L. 19. D. d. le-

IV. Von dem Erwerbe eines Legates.
(§. §. 1022 — 1054.)

A. Von den Bedingungen des Erwerbes.
(§. §. 1022 — 1042.)

§. 1022.

I. Im Allgemeinen.

Zuerſt und vor Allem wird erfordert: Das Teſtament, oder der Codicill, worin das in Rede ſtehende Legat angeordnet iſt, darf nicht etwa im Ganzen ſeine Gültigkeit verloren haben. — Eine Modification dieſes Satzes werden wir kennen lernen im §. 1027.

Zweitens: Der Teſtator muß auch das einzelne Legat gerade, von welchem die Rede iſt, fortdauernd und bis an ſeinen Tod gewollt haben; er darf es nicht zurückgenommen haben. Denn ſonſt wird, wie ſehr auch im Uebrigen der letzte Wille des Teſtators zu Recht beſtehen mag, dieſes einzelne Legat wenigſtens ſich nicht wirkſam erweiſen können. Das Nähere hierüber in den §. §. 1023 — 1025.

Drittens: Der mit dem Legate Belaſtete muß in das Verhältniß, in Anſehung deſſen er belaſtet iſt, in der That eintreten; oder, wenn dieſes nicht geſchieht, muß wenigſtens irgend ein Anderer vorhanden ſein, der des zunächſt Belaſteten Stelle einnimmt, auf den die Laſt des Legates übergeht. Die weitere Ausführung verſpare ich für die §. §. 1026. 1027.

Viertens kommt es an auf gewiſſe Vorausſetzungen in der Perſon des Legatars: Der Legatar muß den Anfall des Legates erleben; ſtirbt er früher, ſo bleibt das Legat ohne Wirkung. Nur auf Legate, welche dem Regenten hinterlaſſen ſind, findet dies keine Anwendung [1]). — Ferner: Der Legatar muß zur Zeit des Erwerbes ſich im Beſitze der **Testamenti factio**

gat. II. L. 20. D. d. optione v. elect. leg.

1) L. 56. D. d. legat. II. »Quod Principi relictum est, qui ante, quam dies legati cedat ab hominibus ereptus est, ex constitutione divi Antonini successori ejus debetur.«

befinden. — Auch darf er zur Zeit des Erwerbes nicht etwa zu dem Gegenſtande des Legates in einer Beziehung ſtehen, welche dem Erwerbe hinderlich iſt. S. §. 1013.

Fünftens: Es darf mit dem Gegenſtande des Legates an ſich keine, die Wirkſamkeit des Legates aufhebende Veränderung vorgegangen ſein. Dahin gehört z. B. der Untergang der legirten Sache noch bei des Teſtators Leben. Dies wird weiter ausgeführt werden im §. 1028.

Sechſtens iſt auf den Erwerb des Legates von weſentlichem Einfluß das quantitative Verhältniß deſſelben zu dem Betrage desjenigen, was dem Belaſteten zu Theil wird. Ein Mißverhältniß in dieſer Beziehung kann machen bald, daß das Legat ganz und gar unwirkſam bleibt, bald, daß es ſich wenigſtens nicht ſeinem ganzen Umfange nach wirkſam erweiſ't. §. §. 1029 — 1042.

B. Einzelne Erörterungen. (§. §. 1023 — 1042.)

a. Ueber die Zurücknahme der Legate. (§. §. 1023 — 1025.)

† INST. II, 21. De ademtione et translatione legatorum. — † DIG. XXXIV, 4. De adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis.

aa. Von der bloßen Zurücknahme. (§. §. 1023. 1024.)

§. 1023.

α. Von der Zurücknahme ſelbſt.

Der allgemeine Ausdruck für die Zurücknahme eines Legates iſt Ademtio legati.

Dieſe Ademtio kann

I. eine ausdrückliche ſein — dann iſt ſie eine Ademtio im engeren Sinne des Wortes.

II. Die Zurücknahme eines Legates kann eine ſtillſchweigende ſein. Dahin gehört namentlich der Fall, wenn der Teſtator in der teſtamentariſchen Urkunde diejenige Stelle, welche das aufzuhebende Legat enthält, vertilgt durch Auslöſchen, Ausſtreichen u. ſ. w. Er gibt dann ſeinen Willen rebus ipsis et

factis zu erkennen [1]). Es iſt hier anders, als bei der Erbeseinſetzung, die oftmals, wenn ſie durchſtrichen iſt, dennoch beſteht, aber in der Art, daß der Fiscus die Erbſchaft dem Erben als einem Unwürdigen entreißt. Vergl. §. 977.

III. Die Zurücknahme kann auch eine bloß vermuthete ſein. Dahin gehört z. B. der Fall, da der Teſtator eine ihm ſelbſt gehörige Sache legirt, ſpäterhin aber das Eigenthum derſelben auf irgend einen Andern übertragen hat. Man unterſcheidet in einem ſolchen Falle, ob die Veräußerung eine nothwendige war, oder eine ſolche, die der Teſtator aus reiner Willkür unternahm. In jenem Falle bleibt das Legat bei Kräften; in dieſem aber wird vermuthet, daß der Teſtator die Abſicht gehabt habe, das Legat zurückzunehmen. Namentlich findet dieſe Vermuthung Statt überall, wo der Teſtator die legirte Sache verſchenkt hat [2]). Eben ſo wird, wenn der Teſtator in irgend einer ſpätern Dispoſition den Legatar als einen Undankbaren, als einen Unwürdigen bezeichnet hat, vermuthet, er habe das Legat zurücknehmen wollen [3]). Auch in dieſer Beziehung iſt es anders, wie bei der Erbeseinſetzung. Vergl. §. 977. Und ſo gibt es der ähnlichen Fälle noch mehr.

§. 1024.

β. Von den Wirkungen derſelben.

Eine Hauptfrage in Bezug auf die Wirkungen der Zurücknahme iſt dieſe: Wirkt die Zurücknahme **ipso jure**, oder nur per exceptionem?

Das Princip für die Beantwortung der Frage iſt in folgendem Satze enthalten: Sind bei der Zurücknahme eines Vermächtniſſes dieſelben Bedingungen vorhanden, welche die Errich-

1) L. 16. D. h. t. »Nihil interest, inducatur, quod scriptum est, an adimatur.«

2) L. 11. §. 12. D. d. legat. III. »Si rem suam testator legaverit, eamque necessitate urgente alienaverit, Maecianus putat, fideicommissum peti posse, nisi probetur, adimere ei testatorem voluisse: probationem autem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam.« Vgl. L. 18. D. h. t. §. 12. I. d. legat. II, 20. L. 8. pr. D. d. legat. I. Ueber den verwandten Fall, da der Teſtator eine Schuldforderung, die er Jemanden legirt hat, eincaſſirt, vgl. L. 11. §. 13. D. d. legat. III. und §. 1028. Nr. 3.

3) L. 29. D. h. t.

tung deſſelben erfordert, ſo wirkt die Zurücknahme ipso jure; außerdem nur per exceptionem.

In Gemäßheit dieſes Princips wirkte nach älterem Rechte bei Fideicommiſſen jede Art der Zurücknahme ipso jure [1]). Bei Legaten aber wirkte die Zurücknahme nur dann ipso jure, wenn ſie in einem Teſtamente oder in einem beſtätigten Codicill mittelſt einer ausdrücklichen Erklärung erfolgte; auch war der Gebrauch beſtimmter Formeln erforderlich [2]). Fehlte es an dieſen Requiſiten, ſo wirkte die Zurücknahme nur per exceptionem [3]). — Im Juſtinianiſchen Rechte aber fällt der eben bezeichnete Unterſchied zwiſchen Fideicommiſſen und Legaten hinweg; da beide Arten von Vermächtniſſen ſich hinſichtlich der Errichtung nicht mehr unterſcheiden, ſo kann auch in Betreff der Zurücknahme kein Unterſchied weiter Statt finden. Vielmehr müſſen wir allgemein von allen Vermächtniſſen Folgendes behaupten: Da es für die Errichtung eines Vermächtniſſes keiner beſtimmten Formeln, ja überall nicht einmal einer ausdrücklichen Erklärung bedarf, ſo kann es darauf auch bei der Zurücknahme nicht ankommen. Allerdings aber erfordert die Verleihung eines Vermächtniſſes der Regel nach eine gewiſſe äußere Solennität; und daher kann die Zurücknahme eines Vermächtniſſes, der Regel nach, nur dann ipso jure wirken, wenn ſie in einem Teſtamente erfolgt, oder in einem vor fünf Zeugen errichteten Codicille [4]). Außerdem wird, in der Regel, die Zurücknahme nur per exceptionem wirken.

Sonſt iſt noch Folgendes zu bemerken:

1. Die Zurücknahme kann bedingt ſein; dann wird das Vermächtniß behandelt, wie wenn es unter der entgegengeſetzten Bedingung verliehen wäre. §. 825.

2. Wenn ein Legat mehrerlei Gegenſtände umfaßt, und einer darunter als die Hauptſache erſcheint, ſo macht die Zurücknahme in Bezug auf dieſe, daß das Legat auch in Anſehung der Nebenſachen für zurückgenommen gilt [5]).

1) L. 18. D. d. legat. III. L. 3. §. 11. D. h. t.
2) Ulp. XXIV. §. 29.
3) cit. L. 3. §. 11. L. 15. L. 22. D. h. t.
4) pr. I. h. t.
5) Ein Beiſpiel enthält L. 1. §. 1. D. d. instructo v. instrum. leg.

§. 1025.

bb. Von der Translation.

Unter **Translatio legati** verſteht man die Anordnung eines neuen Legates in der Abſicht, ein früheres dadurch aufzuheben, das neue in die Stelle zu ſetzen des alten. Und ſonach beſteht eine jede Translation aus zwei Beſtandtheilen: erſtens einer, wenn ſchon nur ſtillſchweigenden Ademtion eines früher angeordneten Legats [1]) und zweitens der Verleihung eines neuen Legats. Und zwar iſt das Verhältniß beider Beſtandtheile dieſes: Die Translation eines Legats wirkt aufhebend ſelbſt alsdann, wenn das neu angeordnete Legat ein ungültiges iſt [2]).

Uebrigens bringt es der Begriff der Translation mit ſich, daß zwiſchen beiden Legaten, dem früheren und dem ſpäteren, nothwendiger Weiſe auf der einen Seite eine gewiſſe Uebereinſtimmung Statt finden muß, auf der andern Seite aber eine gewiſſe Verſchiedenheit. Dieſe Verſchiedenheit kann enthalten ſein

1. in der Perſon des Honorirten, ſtatt daß früher der **A.** mit dem Legate bedacht war, kann jetzt der **B.** damit bedacht ſein.

2. Kann die Verſchiedenheit liegen in der Perſon des Onerirten. Früher kann der Teſtator das Legat dem **C.** aufgelegt haben; jetzt findet er für gut, den **C.** von der Laſt des Legates zu befreien, und den **D.** damit zu beſchweren.

3. Die Verſchiedenheit kann auf den Gegenſtand ſich beziehen; ſtatt dieſer Sache kann nun jene legirt werden.

4. Endlich auch darin, daß das frühere Legat **pure** hinterlaſſen war, während das ſpätere **sub conditione** gegeben wird, oder umgekehrt.

XXXIII, 7. »Fundo cum instrumento legato et alienato, instrumentum non vindicabitur ex sententia defuncti.«

1) L. 5. D. h. t. »Sicuti adimi legatum potest, ita et ad alium transferri, veluti hoc modo: »Quod Titio legavi, id Sejo do lego«; quae res in persona Titii tacitam ademtionem continet.« Vgl. L. 6. §. 1. D. eod.

2) L. 20. D. h. t. L. 34. pr. D. d. legat. I.

Alle dieſe nur möglichen Beziehungen der Translation können begreiflicher Weiſe ſowohl einzeln für ſich, als combinirt vorkommen [3]).

Beſondere Erwägung verdient noch der Fall, da das früher angeordnete Legat ein **purum legatum** war, das neue aber ein bedingtes iſt; nämlich: Iſt das neue Legat von dem früheren auch außerdem noch verſchieden, ſo kann das früher angeordnete nicht für ſchlechthin aufgehoben gelten, ſondern der Erfolg iſt der: Wir haben nun zwei bedingte Legate — das neue iſt bedingt durch die von dem Teſtator bei der Translation bezeichnete Bedingung; das frühere aber wird betrachtet als abhängig von der entgegengeſetzten Bedingung, in Gemäßheit der Regel, deren ich gegen den Schluß des vorigen Paragraphen gedacht habe. Liegt dagegen der Unterſchied lediglich und allein in der Bedingung, ſo geht offenbar die Abſicht des Teſtators dahin, daß das bedingte Legat ſchlechthin in die Stelle des früheren pure angeordneten eintreten ſoll; und ſo verliert dieſes dann ſeine ganze Bedeutung [4]).

b. Ueber das Wegfallen des Onerirten. (§. §. 1026. 1027.)

§. 1026.

aa. Allgemeine Grundſätze.

Wenn der mit einem Legate Belaſtete wegfällt, ſo kann nach allgemeinen Grundſätzen das Legat ſich nur inſofern wirkſam erweiſen, als Jemand da iſt, der in die Stelle des Belaſteten eintritt, und zwar auf die Weiſe, daß die Laſt des Legates auf ihn übergeht. Die Fälle, in welchen ein ſolcher Uebergang Statt findet, ſind folgende:

1. Der Fall, da dem zunächſt Belaſteten ein Subſtitut gegeben iſt. Nämlich, wenn der Teſtator nicht ausdrücklich das

3) Dieſer vier möglichen Fälle gedenkt Paulus in L. 6. pr. D. h. t. »Translatio legati fit quatuor modis: aut enim a persona in personam transfertur, aut ab eo, qui dare jussus est, transfertur, ut alius det, aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei, aut quod pure datum est, transfertur sub conditione.«

4) L. 9. D. h. t.

Gegentheil bevorwortet hat, ſo wird angenommen, es ſei ſein Wille geweſen, daß der Subſtitut die angeordneten Vermächtniſſe ebenfalls leiſten ſolle [1]). Dagegen gehen die dem Subſtituten auferlegten Vermächtniſſe denjenigen, welchem er ſubſtituirt iſt, nichts an; ſie müſſen alſo ohne Wirkung bleiben, ſobald die Bedingung der Subſtitution ausfällt [2]).

2. Wenn der Antheil eines mit Legaten beſchwerten Erben **Jure accrescendi** ſeinen Miterben zufällt, ſo treten dieſe in die Stelle des Ausgefallenen auch in Hinſicht jener Legate: Sie leiſten nunmehr die Legate, welche der Ausgefallene zu leiſten gehabt hätte, wenn er wirklich Erbe geworden wäre [3]).

3. Angenommen, der Belaſtete ſelbſt iſt Legatar; er fällt aus; einen Subſtituten hat er nicht, aber es ſind Collegatare vorhanden, denen das ihnen Hinterlaſſene accreſcirt. Hier geht nach Juſtinianiſchem Rechte die Laſt der Vermächtniſſe auf die Collegatare nur dann über, wenn ſie mit dem Ausfallenden **re et verbis** verbunden ſind [4]). So, wenn zu Gunſten von Collegataren das **Jus accrescendi** eintritt. Außerdem verbleibt das nicht erworbene Legat demjenigen, auf deſſen Koſten es gegeben war; aber die Regel iſt, daß dieſer nun auch die mit dem Legat verbundene Laſt zu tragen hat. Dieſe Regel leidet jedoch dann eine Ausnahme, wenn das nicht erworbene Legat ein gleich von Anfang ungültiges Legat iſt [5]) — vorausgeſetzt nur, daß die Ungültigkeit nicht etwa in dem **SCtum Libonianum** (§. 802.) ihren Grund hat; denn alsdann kommt wieder die Regel zur Anwendung [6]).

4. In den Fällen, in welchen nach der **Nov. 115.** das Teſtament hinſichtlich des Erblaſſers nichtig iſt, werden die Legate aufrecht erhalten: Sie laſten auf den Inteſtaterben.

5. Wenn Jemanden das ihm Hinterlaſſene als einem Un=

1) L. 74. D. d. legat. I. L. 61. §. 1. D. d. legat. II. L. 4. C. ad SCtum Trebell. VI, 49.

2) L. 13. C. d. fideicommiss. VI, 42.

3) L. 49. §. 4. cit. L. 61. §. 1. L. 77. §. 7. D. d. legat II. L. 78. D. ad Leg. Falcid. XXXV, 2. cit. L. 4. C. ad SCtum Trebell.

4) L. un. §. 11. C. d. caduc. toll. VI, 51.

5) L. un. §. §. 2. 3. 4. 9. C. d. caduc. toll. VI, 51.

6) L ult. D. d. his, quae pro non script. hab. XXXIV, 8.

würdigen entriſſen wird, ſo gelangt es cum suo onere an denjenigen, dem es ſtatt des Unwürdigen zufällt [7]). Vergl. §. 976.

Endlich haben wir

6. geſehen, daß auch bei der **Bonorum possessio contra tabulas** der Fall vorkommen kann, daß Einer, der vermittelſt dieſer **Bonorum possessio** gegen den Inhalt des Teſtaments zur Succeſſion gelangt, dennoch an die im Teſtamente angeordneten Legate mehr oder weniger gebunden iſt (ſ. §. 989.), was nun aber freilich für uns von keinem praktiſchen Intereſſe weiter iſt.

Zum Beſchluß habe ich noch zweierlei zu bemerken:

1. Denken wir uns: Jemand, welcher intestatus geſtorben iſt, hat unter ſeinen Inteſtaterben beſtimmte Individuen mit Vermächtniſſen belaſtet. Hier könnte man denken: Wenn dieſe Individuen nicht Erben werden, und nun Andere vermittelſt der **Successio graduum** oder **ordinum** an ihre Stelle treten, ſo ſind dieſe nach der Analogie von Subſtituten anzuſehen, und ſonach wird die Laſt der Vermächtniſſe auf ſie übergehen. Aber ſo iſt es nicht: Die Vermächtniſſe bleiben unwirkſam. Vergl. §. 1004.

2. Es kann ſein, es ſind mit einem Vermächtniſſe Mehre belaſtet, jeder **pro rata**. Unter dieſen fällt Einer aus, ohne daß die Laſt des Vermächtniſſes, inwieweit ſie ihm auferlegt iſt, auf einen Andern überginge. Hier wird das Vermächtniß zwar nicht ganz, aber doch zum Theil unwirkſam ſein. Es iſt hier zu vergleichen, was vorhin unter Nr. 3. angeführt iſt.

3. Es kann ſein, der Belaſtete tritt zwar ein in das Verhältniß, rückſichtlich deſſen er belaſtet iſt, aber nicht in dem Umfange, wie der Verſtorbene es vorausgeſetzt hat. Auch hier wird das Vermächtniß, ohne ganz unwirkſam zu ſein, doch eine Verminderung erfahren. So in folgendem Falle: Jemand, der **intestatus** geſtorben iſt, hat einer beſtimmten Perſon in der Vorausſetzung, daß ſie allein ihm **ab intestato** ſuccediren werde, ein Vermächtniß auferlegt. Dieſe Vorausſetzung aber geht nicht

7) L. 16. §. 2. D. d. his, quae ut indign. XXXIV, 9. L. 60. §. 1. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1.

in Erfüllung; vielmehr ſuccediren mit jener Perſon zugleich noch Andere. Hier findet eine verhältnißmäßige Verminderung des Vermächtniſſes Statt [8]).

§. 1027.

bb. Beſondere Grundſätze in Betreff des Falles, da der mit Legaten belaſtete Erbe die ihm ex testamento deferirte Erbſchaft doloſer Weiſe nicht erwirbt.

† DIG. XXIX, 4. Si quis, omissa causa testamenti, ab intestato vel alio modo possideat hereditatem. — † COD. VI, 39. Si omissa sit causa testamenti.

Vor Allem muß der Fall ſelbſt noch näher bezeichnet werden:

Denken wir uns, der eingeſetzte Erbe erwirbt die ihm ex testamento deferirte Erbſchaft nicht; dergeſtalt, daß dadurch die ihm auferlegten Legate an und für ſich unwirkſam werden. Aber er hat es abſichtlich dahin gebracht, daß er nicht Erbe geworden iſt, und zwar ohne eine justa causa [1]), nur eben, um das angeordnete Legat unwirkſam zu machen. Ungeachtet nun hier die angeordneten Legate an und für ſich ihre Gültigkeit verloren haben, ſo macht doch der Dolus des Erben, daß es billig ſcheint, den Legataren gegen die Strenge des Rechts zu Hülfe zu kommen. Und in der That finden wir, daß der Prätor dieſe Forderung der Billigkeit in dem Edicte anerkannte [2]).

Fragen wir aber: wie kommt der Prätor den Legataren zu Hülfe, ſo iſt die Antwort dieſe: Er geſtattet ihnen, ihrer Legate halber, eine Klage

erſtens gegen den Erben ſelbſt, welcher die Erbſchaft doloſer Weiſe zu erwerben unterlaſſen hat, alſo gegen den Omittenten, gleichviel, ob dieſer die Erbſchaft nun doch etwa aus einem andern Grunde beſitzt, z. B. in der Eigenſchaft eines Inteſtaterben, oder nicht [3]).

8) L. 19. D. d. jure codicill. XXIX, 7. L. 77. §. 29. D. d. legat. II.

1) Ein Beiſpiel einer ſolchen justa causa findet ſich u. A. in L. 77. §. 31. D. d. legat. II.

2) S. L. 1. pr. L. 28. §. 1. D. h. t.

3) L. 1. §. §. 9. 10. D. h. t.

Zweitens gegen jeden Dritten, welcher die Erbſchaft pro herede oder pro possessore beſitzt; vorausgeſetzt nur, daß ſein Beſitz eine Folge iſt des dem Omittenten zur Laſt fallenden Dolus. Mitſchuld iſt keineswegs nothwendig [4]).

Obgleich nun aber die Legatare ſich ſowohl an den Omittenten, als an den dritten Beſitzer halten können, ſo iſt ihnen doch Einer vor dem Andern verhaftet.

1. Hat der Omittent von dem gegenwärtigen Beſitzer für die unterlaſſene Annahme der Erbſchaft Geld empfangen, ſo hat ſich der Legatar principaliter an den Omittenten zu halten; den dritten Beſitzer kann er nur in subsidium in Anſpruch nehmen [5]).

2. Außerdem findet gerade das Umgekehrte Statt: da haftet principaliter der dritte Beſitzer, und erſt in subsidium der Omittent ſelbſt [6]).

Noch habe ich Folgendes zu bemerken:

1. Das Edict ſprach zunächſt nur von Erben, welche doloſer Weiſe es unterlaſſen möchten ex testamento in der That Erben zu werden. Aber wir finden die Beſtimmungen des Edicts analoger Weiſe auch noch in ein paar anderen Beziehungen angewandt, unter Anderem in folgendem Falle: Ein mit einem Fideicommiß belaſteter Legatar bringt es doloſer Weiſe dahin, daß die Erbſchaft nicht angetreten, und ſo mit ſeinem Legate zugleich das Fideicommiß unwirkſam wird: da ſoll der Fideicommiſſar gegen ihn klagen können [7]).

2. Wird durch den Dolus des Erben das väterliche Teſtament deſtitut, ſo werden die Tabulae pupillares aufrecht erhalten [8]).

§. 1028.

c. Ueber Veränderungen mit dem Gegenſtande des Legates.

Mit dem Gegenſtande des Legats können Veränderungen

4) L. 4. §. 1. L. 10. pr. D. h. t.

5) cit. L. 4. §. 1. cit. L. 10. pr. et §. 2. D. h. t. L. 1. C. h. t.

6) L. 2. §. 1. L. 4. pr. D. h. t. Vgl. die Stellen der vor. Note.

7) L. 4. §. 2. D. h. t. Einen anderen Fall enthält L. 6. §. 9. D. eod.

8) L. 2. §. 1. D. d. vulg. et pupill. subst. XXVIII, 6.

vorgehen erſt **nach dem Tode** des Teſtators. Gereichen dieſe dem Legatar zum Nachtheil, und können ſie dem Belaſteten zugerechnet werden, ſo kann dieſer möglicher Weiſe zum Schadenserſatze verbunden ſein — wie wir in der Folge ſehen werden.

Hier bleiben wir nun aber ſtehen bei ſolchen Veränderungen, welche ſich **vivo** testatore ereignen. Und darüber iſt dann Folgendes zu bemerken:

1. Sind körperliche Sachen legirt, ſo hebt Vernichtung des Gegenſtandes, wenn ſie eine totale iſt, das Legat ganz, wenn ſie eine partielle iſt, wenigſtens zum Theil auf[1]). Umfaßt das Legat mehre Gegenſtände, ſo verliert daſſelbe bei dem Untergange der Hauptſache alle Kraft[2]). Wogegen das Legat hinſichtlich der **principalis res** fortbeſteht, ſobald bloß die **Accessoria** zu Grunde gehen. So kann derjenige, dem ein Haus legirt iſt, wenn dieſes abbrennt, wenigſtens den Platz, auf dem es geſtanden, in Anſpruch nehmen[3]). Hat der Teſtator ſelbſt das Haus einreißen laſſen, ſo kann es allerdings ſein, daß das Legat ganz und gar unwirkſam wird; aber es geſchieht dann nicht in Folge der bloßen Vernichtung des Hauſes, ſondern wegen der zu vermuthenden Abſicht der Zurücknahme des Legates[4]).

2. Wird die legirte Sache in eine andere Species verwandelt, ſo iſt im Allgemeinen die Regel die: Läßt der frühere Zuſtand ſich wieder herſtellen, ſo bleibt das Legat gültig; außerdem nicht. Indeſſen, hat der Teſtator ſelbſt die Veränderung vorgenommen, ſo hängt Alles von deſſen erweislicher Abſicht ab: durch dieſe kann möglicher Weiſe die Anwendung der Regel aufgehoben werden[5]).

3. Iſt eine Forderung legirt, dieſe aber noch bei des Teſtators Leben durch Zahlung getilgt, ſo muß man, der Strenge nach, allerdings ſagen, das Legat hat nunmehr keinen Gegen-

1) L. 22. D. d legat. I. L. 8. §. 2. D. d. legat. II. L. 52. §. 2. D. d. legat. III

2) § 17. I. d. legat. II, 20.

3) cit. L. 22. D. d. legat. I.

4) Nähere Beſtimmungen hierüber enthält L. 65. §. 2. D. d. legat. I.

5) Dies iſt das Reſultat aus der Verbindung von L. 68. pr. et §. §. I. 3. D. d. legat. III. (**Paulus.**) und L. 41. §. §. 2. 3. D. d. legat. I (**Ulpianus.**)

ſtand mehr, und ſomit hat es ſeine Geltung verloren. Indeſſen läßt man dabei doch eine billigere Anſicht eintreten. Sind nämlich Gründe vorhanden, welche vermuthen laſſen, daß der Teſtator die Fortdauer des Legates, wenn ſchon in veränderter Geſtalt, beabſichtiget habe, ſo wird das Legat aufrecht erhalten. So z. B. in dem Falle, wo der Schuldner aus freien Stücken gezahlt und der Teſtator das Geld hat liegen laſſen [6]). Uebrigens erinnere ich an den §. 1016.

4. Wird die legirte Sache zu einer **Res extra commercium**, ſo verliert das Legat ſeine Kraft.

5. Erhält der Gegenſtand des Legats eine Erweiterung, ſo erſtreckt ſich das Recht des Legatars auch auf dieſe [7]). Denken wir uns daher namentlich den Fall: Es iſt ein leerer Platz legirt, und auf dieſem wird ſpäterhin ein Gebäude aufgeführt. Hier kann der Legatar Platz und Gebäude in Anſpruch nehmen — ſobald ſich nur nicht zeigen läßt, daß der Teſtator ſeinen Willen geändert, alſo das Legat habe zurücknehmen wollen [8]).

d. Ueber das quantitative Verhältniß zwiſchen dem Betrage des Legates und dem Betrage desjenigen, was dem Onerirten zu Theil wird. (§. §. 1029 — 1042.)

§. 1029.

aa. Von dem Grundſatze, daß Niemand über das Maß desjenigen, was er ſelbſt empfängt, belaſtet werden kann.

Unſer Grundſatz findet ſich in der **L. 1. §. 17. ad SCtum Trebellianum XXXV, 1.** folgender Maßen ausgedrückt:

»**Neminem — oportet plus legati nomine praestare, quam ad eum ex hereditate pervenit.**«

Ihm zu Folge iſt, der Regel nach, jedes Legat inſoweit un=

6) Ausführlich verbreitet ſich über dieſen Gegenſtand **L. 11. §. 13. D. d. legat. III.**

7) §. 18. I. d. legat. II, 20. L. 21. L. 24. §. 2. D. d. legat. I.

8) L. 39. D. d. legat. II. (Javolenus.) L. 44. §. 4. D. d. legat. I. (Ulpianus.) Mit dieſen Stellen ſteht in Widerſpruch L. 79. §. 2. D. d. legat. III., eine Stelle des Celſus. Wir haben uns indeſſen an die zuerſt angeführten Stellen zu halten: denn ſie entſprechen den allgemeinen Grundſätzen, und ſind überdies aus den Werken ſpäterer Juriſten.

wirkſam, als der Onerirte ſein eigenes Vermögen angreifen müßte, um den Legatar zu befriedigen. Denken wir uns daher den Fall, daß dem Erben ein Legat auferlegt iſt, und daß bei des Teſtators Tode ein reines Vermögen überall nicht vorhanden iſt, ſo kann der Legatar gar keinen Anſpruch machen. Oder: denken wir uns, es iſt zwar ein reines Vermögen vorhanden, aber das Legat beträgt mehr als dasjenige, was nach Abzug der **Passiva** von den **Activa** übrig bleibt, ſo wird ſchon allein um dieſes unſeres gegenwärtigen Grundſatzes willen, und ohne alle Rückſicht auf die Lex Falcidia, das Legat wenigſtens inſoweit ungültig ſein, als es den Betrag des reinen Vermögens überſteigt.

So kommt alſo unſer Grundſatz dem Erben zu Statten — vorausgeſetzt nur, wie wir nach der Nov. 1. c. 2. §. 2. hinzufügen müſſen — daß er es nicht an der Aufnahme eines gehörigen Inventariums hat fehlen laſſen. S. §. 938. Aber unſer Grundſatz kommt auch jedem andern Belaſteten zu Statten, er ſei, wer er wolle [1]).

bb. Von der Lex Falcidia. (§. §. 1030 – 1042.)

† INST. II, 22. De Lege Falcidia. — † DIG. XXXV, 2. † COD. VI, 50. Ad Legem Falcidiam.

§. 1030.

α. Einleitung.

Der Belaſtete, wenn er Erbe des Verſtorbenen iſt, braucht zur Befriedigung der Legatare nicht nur ſein eignes Vermögen nicht anzugreifen, ſondern er kann überdies verlangen, einen beſtimmten Theil der Erbſchaft für ſich zu behalten: Die ihm auferlegten Vermächtniſſe ſind, der Regel nach, inſoweit unwirkſam, als ſie ihm jenen beſtimmten Theil der Erbſchaft nicht übrig laſſen. Dieſes Recht des Erben beruht auf der Lex Falcidia vom J. 40. vor Chr. Dieſe verordnete: Jeder kann legiren ſo viel er will; nur dafür muß er Sorge tragen, daß der

1) L. 114. §. 3. D. d. legat. I. §. 1. I. d. singul. reb. per fideicommiss. rel. II, 24.

Erbe mindeſtens den vierten Theil der Erbſchaft für ſich behalte. Dieſe dem Erben gebührende Quart wird, nach der Lex, genannt Quarta Falcidia. — Die Lex ſprach nur von Legaten; zur Zeit des Veſpaſianus aber ward ſie durch das SCtum Pegasianum ausgedehnt auf Fideicommiſſe [1]. In dieſer Erweiterung gilt die Lex auch noch im Juſtinianiſchen Rechte. Von dem weſentlichen Inhalte der Lex ſind uns die eigenen Worte erhalten [2].

1) §. 5. I. d. fideicommiss. hered. II, 23.

2) In L. 1. pr. D. h. t. »Lex Falcidia lata est, quae primo capite liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem, his verbis: Qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam, easque res quibusque dare legare volet, jus potestasque esto, ut hac lege sequente licebit. Secundo capite modum legatorum constituit his verbis: Quicunque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam jure publico dare legare volet, jus potestasque esto, dum ita detur legatum, ne minus, quam partem quartam hereditatis ex eo testamento heredes capiant. Eis, quibus quid ita datum, legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto, isque heres, qui eam pecuniam dare jussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est.«

β. Allgemeine Grundſätze über die Anwendung der Lex Falcidia. (§. §. 1031 — 1039.)

§. 1031.

a. Von den Perſonen, welche auf die Falcidiſche Quart Anſpruch machen können.

Nicht jeder Onerirte kann Anſpruch machen auf die Quart; nur der eigentliche Erbe iſt dazu berechtigt, ſei es nun, daß er ex testamento den Verſtorbenen beerbt, oder ab intestato [1]), nicht aber der Legatar, nicht der Fideicommiſſar, ſelbſt nicht einmal derjenige, welchem ein Fideicommiß der Erbſchaft gegeben iſt [2]). Indeſſen iſt dieſen Perſonen ſelbſt wegen der Lex Falcidia etwas abgezogen worden, ſo können ſie verhältnißmäßig nun auch die Vermächtniſſe derjenigen verkürzen, die wiederum an ſie gewieſen ſind. Z. B. es ſind einem 20 legirt, und er

1) L. 18. D. h. t.

2) L. 47. §. 1. D. h. t.

ſoll wiederum an einen Dritten 5 leiſten. Werden ihm nun etwa 4 abgezogen, alſo 1/5 der ihm hinterlaſſenen 20, ſo kann er dem Dritten, welchem er 5 zahlen ſollte, von dieſen 5 ebenfalls 1/5 in Abzug bringen; er braucht ihm daher nur 4 zu leiſten [3]). Iſt indeſſen der Legatar mit einem Annuum legatum beſchwert, ſo fällt die verhältnißmäßige Verkürzung weg, es müßte denn eine alia mens testatoris nachgewieſen werden können [4]).

Alſo nur der Erbe zieht die Quart ab. Wie aber, wenn der Erben mehre ſind? Hier entſteht die wichtige Frage: Iſt es hinreichend, wenn nur *im Ganzen genommen* die Summe der Legate überhaupt den *vierten* Theil der Erbſchaft übrig läßt, oder kann *jeder einzelne* Erbe verlangen, den *vierten* Theil *ſeines* Erbantheils frei zu haben. Z. B. es hat Jemand den *Titius* ex semisse inſtituirt, und den *Sejus* ebenfalls. Zugleich hat er dem *Titius* ſo viel Legate aufgelegt, daß deſſen ganzer Erbantheil dadurch erſchöpft wird; wogegen auf Koſten des *Sejus* keine Legate angeordnet ſind. Werden wir nun hier ſo ſagen können: Da dem *Sejus* gar keine Legate aufgelegt ſind, ſo bleibt, wenn wir die Summe der Legate von der Erbſchaft im Ganzen abziehen, eine volle Hälfte der Erbſchaft übrig — mithin iſt der Lex Falcidia mehr als Genüge geſchehen und *Titius* kann den an ihn gewieſenen Legataren nichts abziehen? Oder werden wir vielmehr ſo ſagen müſſen: Daß *Sejus* ſeine Hälfte der Erbſchaft frei hat, daß dieſe mit Legaten nicht belaſtet iſt, das geht den *Titius* nichts an; genug, daß ihm nichts übrig bleibt, wenn er die Legatare für voll befriedigt; er kann verlangen, den *vierten* Theil von ſeiner Hälfte frei zu haben, und da dies nicht der Fall iſt, ſo kann er die ihm auferlegten Legate verkürzen; ſtatt den Legataren ſeine ganze Hälfte der Erbſchaft zu überlaſſen, braucht er ihnen nur 3/4 derſelben zu geben? Die Antwort iſt: Das *Letzte* iſt das Richtige; *jeder einzelne* Erbe kann verlangen, ein *Viertel* ſeines *Erbantheils* frei zu haben, und

3) S. L. 32. §. 4. D. h. t. §. 1. D. d. legat. II. L. 21. §. 1.
4) L. 25. §. 1. D. h. t. L. 77. D. d. annuis legat. etc. XXXIII, 1.

es kommt den Legataren nicht zu Statten, daß die Miterben des Beſchwerten gar nicht, oder doch nicht ſo ſehr beſchwert ſind, daß die Summe aller angeordneten Vermächtniſſe 3/4 der geſammten Erbſchaft überſteigt [5]).

b. Von der Berechnung, deren es bedarf, um auszumitteln, ob die Quart frei ſei, oder nicht. (§. §. 1032—1035.)

§. 1032.

aa. Ueberhaupt.

Vor Allem muß ich bemerken, daß bei Beantwortung der Frage, ob der Erbe die Quart frei habe oder nich., lediglich auf den Vermögenszuſtand des Verſtorbenen zur Zeit des Todes Rückſicht genommen wird [1]). Im Uebrigen kommt es bei der anzulegenden Berechnung zunächſt darauf an, das Quantum auszumitteln, deſſen vierten Theil der Erbe frei haben muß, womit dann natürlich zugleich die Größe der Quart ſelbſt gegeben iſt. Davon §. 1033. Weiß man dieſes, ſo muß dann der Geſammtbetrag der Legate berechnet werden. Davon §. 1034. Bleibt nun, wenn man dieſen Geſammtbetrag der Legate von demjenigen Quantum, deſſen vierten Theil der Erbe frei zu haben, verlangen kann, in Abzug bringt, nicht ſo viel übrig, als die Quart beträgt; ſo iſt die Lex Falcidia verletzt, und es tritt nun der Fall der Verkleinerung der Legate ein. Indeſſen iſt dabei doch noch auf die Frage Rückſicht zu nehmen: Wenn der Erbe als ſolcher die Quart nicht frei hat, kommt es nicht vielleicht den Legataren zu Statten, wenn der Erbe irgend etwas aus einem andern Grunde erhalten hat, z. B. vermöge eines ihm ſelbſt hinterlaſſenen Vermächtniſſes — muß er ſich das nicht auf die Quart anrechnen laſſen? und wenn dadurch die Quart erfüllt wird, fällt da nicht der außerdem ſtattfindende Abzug an den Legaten weg? Dieſe Frage wird beantwortet werden im §. 1035.

5) Vergl. L. 77. L. 80. pr. D. h. t. §. 1. I. h. t. » . . . etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiae ponenda est.«

1) §. 2. I. h. t. L. 30. pr. L. 73. pr. D. h. t.

bb. Insbeſondere. (§. §. 1033 – 1035.

§. 1033.

1. Von der Berechnung der Quart ſelbſt.

Zu dieſem Behuf muß vor Allem der Werth der Activa, dann der Werth der Passiva berechnet werden. Zu dem Betrage der Passiva ſind ſodann noch hinzuzurechnen die auf die Beerdigung des Verſtorbenen verwandten Koſten; desgleichen, nach Römiſchem Rechte, der Werth der Sclaven, welchen der Teſtator im Teſtamente die Freiheit zugeſichert hat [1]). Die durch dieſe letztere Operation gefundene Summe iſt nunmehr mit der Summe der Activa zu vergleichen. Iſt ſie dieſer gleich, oder beträgt ſie gar mehr, ſo kann von einer Quart und von der Anwendung der Lex Falcidia gar nicht die Rede ſein: die Legate ſind alsdann überhaupt unwirkſam, vermöge jenes im §. 1029. erörterten Grundſatzes. Iſt aber der Ueberſchuß auf Seiten der Activa, ſo kommt es nun noch darauf an, ob der Erbe Heres ex asse iſt, oder nur Heres ex parte. In jenem Falle beträgt die Quart den vierten Theil des ganzen Ueberſchuſſes; in dieſem beträgt ſie den vierten Theil der dem Erben gebührenden Quote des Ueberſchuſſes. S. Note 1.

§. 1034.

2. Von der Berechnung des Betrages der Legate.

In dieſer Hinſicht iſt Folgendes zu bemerken:

1. Bei Legata ex die certo relicta iſt Rückſicht zu nehmen darauf, daß die Laſt derſelben durch die dem Erben verſtattete Stundung vermindert wird. Dieſelbe Leiſtung, wenn ſie erſt nach einiger Zeit erfolgen ſoll, iſt von geringerem Werthe, als wenn ſie ſofort gefordert werden könnte. Der Erbe iſt bei einem Legatum ex die in der Lage, den Gegenſtand des Legates einſtweilen noch zu benutzen, und ſonach leiſtet er weniger, als er zu leiſten hätte, wenn derſelbe Gegenſtand pure le-

1) §. 3. I. h. t. L. 1. §. 12. D. si cui plus, quam per leg. Falcid. lic. etc. XXXV, 3.

girt wäre. Deshalb muß nun mit Rückſicht auf die von der Sache einſtweilen zu erhebenden Früchte, oder bei Geldzahlungen, durch Berechnung des **Interusurium** die künftige Leiſtung auf den Werth einer gegenwärtigen reducirt werden [1]).

Unter dem **Interusurium** verſteht man bekanntlich den Betrag der Zinſen, welche bei einer Geldzahlung vor der Verfallzeit möglicher Weiſe gewonnen, oder verloren werden können. (Vgl. §. 420.) Dieſer Begriff nun iſt hier von Wichtigkeit in folgender Beziehung: Es kommt darauf an, zu wiſſen: Wie viel müßte, wenn die Zahlung des Legates jetzt gleich erfolgte, geleiſtet werden, damit der Legatar bei dem Eintritte des vom Teſtator bezeichneten Tages mit Inbegriff der in der Zwiſchenzeit möglicher Weiſe zu erhebenden Zinſen gerade ſo viel hätte, als der Betrag des Legats ausmacht? Natürlich würde die jetzt zu leiſtende Summe eine kleinere ſein. Wie viel ſie aber betragen müßte, wie die Berechnung anzulegen, darüber gibt es verſchiedene Meinungen. Man hat drei Methoden der Berechnung: Die Carpzoviſche, die Hofmanniſche und die Leibnitziſche, deren nähere Entwickelung bereits im §. 420. gegeben iſt: weshalb ich mich hier begnüge, daran zu erinnern, daß der richtigen Anſicht nach die Hoffmanniſche Methode entſchieden den Vorzug verdient.

2. Eine gleiche Reduction iſt nun aber auch bei **Legata sub conditione relicta** nothwendig ganz aus denſelben Gründen [2]). Nur iſt der Unterſchied der: Bei einem **Legatum ex die** habe ich ſchon von Anfang her alle **Data** in Händen, die zu der zu bewerkſtelligenden Reduction nothwendig ſind. Denn der Zeitraum, auf welchen es ankommt, iſt hier ein gewiſſer und feſt beſtimmter; bei einem **Legatum sub conditione** aber iſt es, ſo lange die Bedingung noch in **pendenti** iſt, ungewiß, für welchen Zeitraum Früchte und **Interusurium** berechnet werden müſſen. Ja es iſt ſogar ungewiß, ob überall das Legat ſich wirkſam erweiſen werde. Daher werden Legate, deren Bedingung noch ſchwebt, einſtweilen gar nicht in Rechnung ge-

1) **L. 66. pr. L. 73. §. 4. D. h. t.**

2) **cit. L. 66. pr. L. 88. §. 3. D. h. t.**

bracht. Sondern, iſt die Lage der Sache von der Art, daß der Erbe erwarten muß, ſich im Fall der erfüllten Bedingung in ſeiner Quart verletzt zu ſehen, ſo hilft er ſich, wenn noch andere Legatare vorhanden ſind, auf die Weiſe: Er berichtigt die dieſen hinterlaſſenen Legate, ohne das sub conditione angeordnete Vermächtniß in Rechnung zu bringen; aber er läßt ſich von den Legataren Caution ſtellen, ihm, wenn die Bedingung in Erfüllung geht, ſo viel herauszugeben, als ſich dann zeigen werde, daß er ihnen zu viel gezahlt habe [3]).

3. Bei jährlichen Leiſtungen kommt es darauf an, ob ſie immer dauernd ſind, oder auf Zeit beſchränkt:

Immer dauernde Leiſtungen werden einem zu 4 Procent verzinslichen Capital gleichgeſetzt. Es wird alſo die jährliche Leiſtung mit fünf und zwanzig multiplicirt, und danach das Legat in Anſchlag gebracht [4]). Z. B. alſo, jährlich 60 ſind gleich einem Capitale von 1500.

Bei Leiſtungen auf Zeit iſt, wenn die Dauer feſt beſtimmt iſt, die Berechnung keiner Schwierigkeit unterworfen. Anders, wenn es an einer hinreichend feſten Beſtimmung fehlt, wie dies der Fall iſt bei Leiſtungen auf Lebenszeit. Denn hier iſt die Frage, wie lange der Legatar leben werde. In einem ſolchen Falle gibt es mehr, als Einen Ausweg. Man kann einſtweilen das Legat ganz und gar aus der Rechnung laſſen, und ſich allein damit begnügen, daß man die übrigen Legate nicht anders als gegen Caution auszahlt [5]). Man kann aber auch für das Legat einen Kaufwerth auszumitteln ſuchen, und vorläufig dieſen in Rechnung ſtellen, die definitive Berichtigung der Sache aber noch ausſetzen [6]). Oder man mag die Dauer der jährlichen Leiſtung nach gewiſſen Regeln der Wahrſcheinlichkeit berechnen, und vorläufig dieſe Berechnung zu Grunde legen, während man auch hier wieder die definitive Berichtigung derſelben von dem wirklichen, künftigen Erfolge abhängen läßt [7]).

3) L. 73. §. 2. D. h. t.

4) L. 3. §. 2. D. h. t. Vergl. Nov. 131. c. 12.

5) L. 1. §. 16. D. h. t.

6) L. 55. D. h. t.

7) Solche Regeln der Wahrſcheinlichkeit über die Dauer des menſchlichen Lebens enthält L. 68. pr. D. h. t. (Aemilius Macer.)

§. 1035.

3. Ueber die Frage, was in die Quart einzurechnen ſei.

Dem Erben wird auf die Quart angerechnet Alles, was er **als Erbe**, was er hereditario jure erhält; aber auch **nur** dieſes — nicht, was ihm legati, oder fideicommissi nomine zu Theil wird; eben ſo wenig, was ihm etwa implendae conditionis causa gegeben iſt. Ausdrücklich heißt es in der L. 74. D. h. t.:

> (**Gajus**) »Quod autem dicitur, si ex judicio defuncti quartam habeat heres, solida praestanda esse legata, ita accipere debemus, si **hereditario jure** habeat.«

Und in der L. 91. eod. ſagt **Marcianus**:

> »In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas **jure hereditario** capit, non quas jure legati vel fideicommissi, vel implendae conditionis causa accipit; nam haec in quartam non imputantur.«

Alſo, was er nicht Jure hereditario hat, das wird bei Berechnung der Quart nicht in Anſchlag gebracht, das hat er noch außer der Quart [1]). Eben ſo kann dem Erben nichts von demjenigen auf die Quart angerechnet werden, was er von dem Verſtorbenen bei deſſen Leben erhalten hat [2]); es müßte denn der Verſtorbene bei einem Geſchenk unter Lebendigen eben das beabſichtigt haben, dem Erben dadurch die Quart zuzuwenden, und ſo der Lex Falcidia Genüge zu thun [3]).

Uebrigens iſt in Beziehung auf dasjenige, was der Erbe hereditario jure erhält, noch beſonders dieſes zu bemerken: Es kann ſein, es iſt dem Erben aufgegeben, eine ihm Jure hereditario zugefallene Sache zu einem beſtimmten Preiſe, unter ihrem Werthe, zu verkaufen. Hier wird dieſe Sache ihm nicht ihrem wahren Werthe nach angerechnet, ſondern nach dem vorgeſchriebenen Verkaufspreiſe [4]).

1) Vgl. noch L. 29. L. 76. pr. D. h. t.
2) Paul. III, 8. §. 3.
3) Von einem Falle dieſer Art iſt zu verſtehen L. 56. §. ult. D. h. t.
4) L. 19. D. h. t.

Digitized by Google

Nun aber muß ich noch ein Mal zurückkommen darauf, daß der Erbe dasjenige, was er **Jure legati** erhält, ſich auf die **Falcidia** nicht braucht anrechnen zu laſſen. Dies nämlich leidet eine Ausnahme in dem Falle, da Miterben einander gegenſeitig zu Legaten verpflichtet ſind. Hier findet unter den Miterben in Hinſicht der **Falcidia** eine eigenthümliche Art der Compenſation Statt. Nämlich, wenn derjenige, der ſeinem Miterben ein Legat zu leiſten hat, durch dasjenige, was er von dieſem, als Vermächtniß, dagegen erhält, der Quart halber gedeckt iſt, ſo muß er das ihm auferlegte Legat für voll und ohne Abzug leiſten. Z. B. Einer, der 4000 hinterläßt, hat den **A.** und **B.** zu Erben eingeſetzt, jeden zur Hälfte, dem **A.** aber aufgegeben, an den **B.** ein Legat von 2000 zu leiſten, während umgekehrt **B.** dem **A.** zu einem Legat von 500 verpflichtet iſt. Bleiben wir nun hier bei der allgemeinen Regel, ſo werden wir ſo ſagen: **A.** hat die Hälfte der Erbſchaft; dieſe beträgt 2000. Nun aber ſoll er dem **B.** ein Legat auszahlen von eben dieſem Werth; mithin iſt er in ſeiner Quart verletzt, und er wird dem **B.** 500 in Abzug bringen können; denn daß er **Legati nomine** von dem **B.** 500 empfängt, das kann hier nicht in Betracht kommen, da nur dasjenige in Anſchlag gebracht werden kann, was der **A. Jure hereditario** erhält; dahin aber gehören jene 500 keineswegs. Der Erfolg iſt dieſemnach der, daß **A.** 500 von dem dem **B.** ſchuldigen Legat inne behält, und außerdem noch 500 von dem **B.** als ein Legat erhält, mithin im Ganzen 1000 hat. So ſage ich, würde es ſich verhalten, wenn wir nach der allgemeinen Regel verfahren wollten. Dieſe aber kommt in dieſem Falle nicht zur Anwendung. Sondern, da der **A.**, in Hinſicht ſeiner Quart, durch das ihm auf Koſten des **B.** gegebene Legat gedeckt iſt, indem dieſes gerade 500 beträgt, ſo kann er **Quartae nomine** nichts abziehen. Und ſonach iſt der Erfolg der: Der **A.** leiſtet dem **B.** das volle Legat der 2000, und empfängt dagegen von ihm 500. Während alſo nach der erſten Rechnung das Reſultat dieſes war: **A.** hat 500 + 500 = 1000, **B.** aber 2000 + 1500 — 500 = 3000, ſo iſt gegenwärtig Folgendes das Reſultat: **A.** hat überhaupt nur 500; **B.** aber 2000 +

2000 — 500 = 3500. Dieſe eigenthümliche Compenſation gilt jedoch bloß unter gegenſeitig belaſteten Miterben [5]).

c. Von der Verminderung der Legate, falls die Quart nicht frei iſt. (§. §. 1036 — 1038.

§. 1036.

aa. Von der Größe dieſer Verminderung.

Die Beantwortung der Frage, um wie viel die Geſammtſumme der Legate herabzuſetzen ſei, iſt ſehr einfach: Um ſo viel, daß der Geſammtbetrag nicht mehr ausmache, als 3/4 desjenigen Quantums, wovon dem Erben 1/4 gebührt [1]).

Hiermit iſt nun aber allerdings die Sache noch nicht abgethan, ſondern es kommt nun ferner darauf an, die am Ganzen vorgenommene Reduction auf die einzelnen Legate verhältnißmäßig zu vertheilen. Zu dieſem Zweck iſt das einfachſte Verfahren dieſes, daß man folgende Proportion anſetzt: Wie ſich verhält der urſprüngliche Geſammtbetrag der Legate zu dem reducirten Geſammtbetrage, ſo verhält ſich der urſprüngliche Betrag des einzelnen gerade in Rede ſtehenden Legates zu demjenigen Betrage, worauf es gegenwärtig herabgeſetzt werden muß.

Beiſpiele:

1. Der reine Ertrag der Erbſchaft iſt 4000. Der Teſtator aber hat legirt

an den A. 2500.
„ „ B. 2000.
„ „ C. 500.

Hier beträgt die Geſammtſumme 5000. Dieſe iſt zu reduciren auf 3/4 von 4000, alſo auf 3000.

Wollen wir nun ausmitteln, wie viel A. erhalten wird, ſo werden wir ſo anſetzen:

5000 : 3000 = 2500 : X.
X aber iſt = 1500.

5) Die Hauptſtellen hierüber ſind L. 22. pr. L. 94. D. h. t.

1) L. 73. §. 5. D. h. t.

Beobachten wir daſſelbe Verfahren bei B. und C., ſo iſt das Reſultat, daß B. 1200, C. aber 300 erhält. Dieſe herabgeſetzten Legate von 1500, 1200, 300 machen zuſammen 3000.

2. Der reine Betrag der Erbſchaft macht 1200. Dem A. iſt ein Legat von 600, dem B. ein Legat von 400 ausgeſetzt. Die Geſammtſumme der Legate beträgt demnach 1000, während ſie nur 3/4 von 1200, alſo 900 betragen ſollte. Auf dieſe 900 iſt die Geſammtſumme herabzuſetzen. Fragen wir aber weiter, wie viel wird von dieſen 900 A. erhalten, ſo müſſen wir ſo anſetzen:

$$1000 : 900 = 600 : X = 540.$$

und in Bezug auf B. wird der Anſatz ſo lauten:

$$1000 : 900 = 400 : X = 360.$$

§. 1037.

bb. Von der Art und Weiſe derſelben und den Mitteln, ſie geltend zu machen.

Iſt der Gegenſtand des Legats ein theilbarer, ſo trifft die Verminderung den Gegenſtand ſelbſt, und zwar ipso jure [1]). Bei Quantitäten, welche geleiſtet werden ſollen, hat nun der Legatar um ſo viel weniger zu fordern, als die Verminderung des Legates beträgt. Iſt aber irgend eine Species dergeſtalt legirt, daß der Legatar Eigenthümer derſelben werden ſoll, ſo erhält der Legatar nicht das Eigenthum des Ganzen, ſondern nur das Eigenthum eines ideellen Theils des Ganzen: und ſo entſteht nun zwiſchen ihm und dem belaſteten Erben Miteigenthum [2]). Eben dieſer Erfolg tritt da ein, wo Jemanden der Usnsfructus einer Sache legirt iſt [3]).

Sobald dagegen der Gegenſtand eines Legates keine Theilung zuläßt, ſo muß allerdings das Ganze geleiſtet werden; aber der Legatar iſt verbunden, dem Erben ſo viel an Gelde herausgeben, als die nothwendig gewordene Verminderung des Legates ausmacht [4]). So z. B. wenn das Legat darin beſteht, daß der Erbe irgend ein Bauwerk aufführen ſoll.

1) L. 73. §. 5. D. h. t.
2) L. 49. pr. D. h. t.
3) L. 1. §. 9. D. h. t.
4) L. 7. L. 80. § 1. D. h. t.

So verhält es ſich mit der Verminderung der einzelnen Legate an und für ſich. Aber welche Rechtsmittel ſtehen nun dem Erben zu Gebote, um die Verminderung durchzuſetzen? Nach Verſchiedenheit der Umſtände verſchiedene. Iſt der Legatar noch nicht im Beſitze und iſt von theilbaren Gegenſtänden die Rede, ſo wird der Erbe überall keiner Rechtsmittel bedürfen, ſondern ſein Intereſſe factiſch dadurch wahren können, daß er ſo viel weniger leiſtet, als die nothwendige Verminderung des Legates austrägt. Kommt es aber an auf eine untheilbare Leiſtung, ſo wird der Erbe dieſe ſo lange verweigern dürfen, bis der Legatar ſich dazu verſteht, den Werth der erforderlichen Verminderung zu erlegen [5]). Findet in Bezug auf die Verminderung des Legats noch irgend einige Ungewißheit Statt, ſo kann der Erbe, indem er das Legat leiſtet, wegen dereinſtiger Reſtitution des etwa zu viel Geleiſteten die Beſtellung einer Caution fordern. Iſt der Legatar bereits im Beſitz und zwar ohne Zuthun des Erben, ſo kann bei widerrechtlicher eigenmächtiger Beſitzergreifung der Erbe ſich des ihm zuſtehenden **Interdictum quod legatorum** bedienen, wovon das Nähere im §. 1053. vorkommen wird; gelegentlich wird er ſich auch der **Rei vindicatio** bedienen können [6]). Hat der Erbe ſelbſt, aus Irrthum, auf den Legatar mehr übertragen, als demſelben zukommt, ſo kann er das zu viel Gezahlte mit der **Indebiti condictio** zurückfordern [7]).

§. 1038.

cc. Von dem Zeitpunkte der zu bewirkenden Verminderung.

Ehe der Betrag der Verminderung feſtgeſtellt iſt, läßt ſich die Verminderung natürlich nicht bewerkſtelligen. Dieſer Betrag aber kann bei **Legata pure relicta**, eben ſo bei **Legata ex die relicta** möglicher Weiſe gleich Anfangs feſtſtehen, während man

5) cit. L. 7. cit. L. 80. §. 1. D. h. t.

6) L. 26. pr. D. h. t.

7) L. 1. §. 11. D. h. t. L. 9. C. h. t. »Error facti quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit. Is autem, qui sciens, se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet; quin etiam si jus ignoraverit, cessat repetitio.«

darüber bei **conditionalia legata** immer erſt **impleta conditione** ins Reine kommen kann.

Die Kenntniß des Betrages iſt indeſſen nicht das Einzige, worauf es ankommt; es muß das Legat auch fällig ſein; und hierin liegt der Grund, weshalb bei **Legata ex die relicta** die Verminderung, obgleich ſchon früher feſtgeſtellt, dennoch erſt **existente die** ausgeführt werden kann.

Uebrigens muß auch da, wo die Verminderung erſt in einem ſpäteren Moment zur Ausführung gebracht werden kann, die Berechnung doch immer auf die Todeszeit des Teſtators baſirt werden. Der wie vielſte Theil des Legates, nach deſſen damaligem Werthe, in Abzug zu bringen war, der eben ſo vielſte iſt von dem jetzt fälligen Betrage abzuziehen. Z. B. ein Legat von 900, die aber erſt zehn Jahr nach dem Tode des Teſtators gezahlt werden ſollen, iſt, wenn man das **Interusurium** berückſichtigt und dabei einen Zinsfuß von 5 Procent annimmt, ſeinem Werthe nach gleich einem ſofort zahlbaren Legate von 600. Angenommen nun, die in Bezug auf die Todeszeit angelegte Berechnung ergibt, daß dieſe 600, wenn ſie ſofort zu zahlen wären, um ein Zehntel zu kürzen, mithin auf 540 herabzuſetzen ſein würden, ſo werden nach Ablauf der zehn Jahre die dann fälligen 900 ebenfalls um ein Zehntel ihres Betrages zu kürzen, alſo auf 810 herabzuſetzen ſein.

§. 1039.

b. Von den Vorausſetzungeu, unter welchen, ungeachtet der Verletzung der Quart, ausnahmsweiſe keine Verminderung der Legate Statt findet.

Die Anwendung der **Lex Falcidia** kann wegfallen entweder **ex persona testatoris**, oder **ex persona heredis**, oder **ex qualitate legati**.

A. Sie fällt weg **ex persona testatoris**

1. überall, wo der Teſtator ſie unterſagt hat. Nach früherem Rechte war das ſo unbedingt keineswegs erlaubt. Der Teſtator konnte die **Falcidia** in Hinſicht gewiſſer Legate unterſagen, und den Erben anweiſen, was er hiebei zu viel gezahlt, den

übrigen Legataren mit in Abzug zu bringen [1]; oder er konnte den Abzug der Quart überhaupt dadurch zu verhindern ſuchen, daß er dem Erben ſelbſt ein Legat hinterließ mit der Verpflichtung, die ihm aufgelegten Legate ohne Abzug zu leiſten [2] — aber geradezu und ſchlechthin konnte der Teſtator die Anwendung der Lex Falcidia nicht verbieten. Dieſe Befugniß hat erſt Juſtinian dem Teſtator gegeben durch die Nov. 1. c. 2. §. 2. in fine [3].

2. Fällt die Falcidia weg bei letztwilligen Verfügungen derjenigen, die militari jure zu teſtiren berechtigt ſind [4].

B. Ex persona heredis findet die Falcidia nicht Statt:

1. Wenn der Erbe die Anfertigung eines den geſetzlichen Erforderniſſen entſprechenden Inventarium unterlaſſen hat [5]. S. §. 938.

2. Wenn der Erbe es darauf angelegt hat, das Vermächtniß unwirkſam zu machen [6].

3. Wenn der Erbe ſeinem Rechte entſagt entweder ausdrücklich [7], oder auch ſtillſchweigend, indem er wiſſentlich, oder doch aus einem Rechtsirrthum die Legate für voll auszahlt [8]. — Eine Entſagung vor dem Anfall der Erbſchaft iſt jedoch ohne Wirkung [9].

Beſonders merkwürdig iſt übrigens noch folgende Beſtimmung der Nov. 1. c. 3.: Wenn der Erbe den Beſtand der Erbſchaft kennt, wenn er weiß, daß er die Quart nicht frei hat, und nun dennoch ein oder das andere Legat für voll auszahlt, ſo muß er ein Gleiches thun auch mit den übrigen Legaten, die er ſpäter leiſtet.

1) L. 88. §. 2. D. h. t.
2) L. 75. D. h. t.
3) Auf ein ſtillſchweigendes Verbot dieſer Art bezieht ſich Nov. 119. c. 11.
4) L. 7. C. h. t.
5) L. ult. C. d. jure deliber. VI, 30.
6) L. 59. pr. D. h. t. »Beneficio legis Falcidiae indignus esse videtur, qui id egerit, ut fideicommissum intercidat.«
7) L. 46. D. h. t. L. 19. C. h. t.
8) L. 1. C. h. t. S. auch den vor. §. Note 7.
9) Wie ſich ergibt aus L. 15. §. 1. D. h. t.

C. **Ex qualitate legati** fällt die **Falcidia** weg

1. bei Legaten, deren Gegenſtand für den Erben ohne Werth iſt [10]).

2. Bei einem **Legatum debiti**, inwieweit der Legatar dadurch nur dasjenige erhält, was ohnedies ihm zukommt. Inwieweit aber ein ſolches Legat dem Legatar Vortheil bringt, und namentlich inwieweit es ihm das **Commodum repraesentationis** gewährt, inſoweit unterliegt es der **Lex Falcidia** [11]).

3. Die **Falcidia** fällt weg, wenn der Mann der Frau Sachen legirt, die er für ſie und um ihretwillen angeſchafft hat [12]).

4. Bei Legaten zur Erfüllung des Pflichttheils [13]).

5. Bei Legaten **ad pias causas** [14]).

γ. Beſondere Grundſätze über die Anwendung der Lex Falcidia. (§. §. 1040 — 1042.)

§. 1040.

a. Im Fall der Vereinigung mehrer Antheile derſelben Erbſchaft in Einer Perſon.

Sowohl für den Erben, als für die Legatare iſt in einem ſolchen Falle von großer Wichtigkeit die Frage, ob in Beziehung auf die Quart die mehren Portionen *zuſammengerechnet* werden, gleich als bildeten ſie Ein Ganzes; oder ob bei jeder *einzelnen* Erbportion die Rechnung grade ſo anzulegen iſt, wie wenn der Erbe nur eben *ſie* und nichts weiter erhalten hätte.

Denken wir uns nun

Zuerſt: Es iſt Einer in mehre Erbantheile zugleich inſtituirt, geſetzt auch, daß er zu dem einen **pure**, zu dem andern **sub conditione** berufen iſt, wie wenn er in dem Einen inſtituirt, in dem Andern **vulgariter** ſubſtituirt iſt. Hier werden, in Bezug auf die **Lex Falcidia**, alle dieſe Erbantheile zuſammengerechnet [1]).

10) Ein Beiſpiel dieſer Art ſ. L. 15. C. h. t.

11) L. 1. §. 10. L. 81. §. 1. D. h. t.

12) L. 81. §. 2. D. h. t.

13) L. 36. pr. C. d. inofficioso. III, 28.

14) Nov. 131. c. 12.

1) L. 11. §. 7. i. f. L. 87. §. §. 3. 4. 8. D. h. t.

Zweitens. Mehre Erbportionen können durch das Jus accrescendi vereinigt ſein. Eine ſolche Vereinigung bleibt ohne Einfluß auf die Berechnung der Falcidiſchen Quart, wenn eine über das Maß beſchwerte Portion, eine Portio gravata, wie man zu ſagen pflegt, einer nicht übermäßig beſchwerten, alſo einer Portio non gravata, zuwächſt; die Berechnung wird hier für jede Portion beſonders angelegt [2]). Dagegen findet Zuſammenrechnung Statt, wenn eine Portio non gravata einer Portio gravata accreſcirt [3]). Und eben dies muß man annehmen in dem Falle, da beide Erbportionen über das Maß beſchwert ſind.

Drittens: Wenn ein Miterbe den andern beerbt, und dadurch deſſen Erbportion mit der ſeinigen vereinigt, ſo hat dies auf die Berechnung der Quart gar keinen Einfluß: Beide Erbantheile werden in dieſer Beziehung fortdauernd als getrennt behandelt [4]).

§. 1041.

b. Bei Vermächtniſſen, welche in einem Pupillar-Teſtamente angeordnet ſind.

Der Grundſatz, von welchem wir hier ausgehen müſſen, iſt dieſer: Die im Pupillarteſtamente angeordneten Vermächtniſſe laſten immer nur auf dem väterlichen Vermögen [1]).

Im Uebrigen laſſen ſich zwei Hauptfälle denken: Der Pupill iſt in dem väterlichen Teſtament entweder inſtituirt, oder er iſt darin exheredirt.

Erſter Hauptfall: Der Pupill iſt inſtituirt.

Hier werden alle im Pupillar-Teſtament angeordneten Legate auf das dem Pupillen zu Theil werdende väterliche Vermögen bezogen; welches dieſemnach auf eine zwiefache Weiſe belaſtet ſein kann:

1. durch die im väterlichen Teſtamente dem Pupillen ſelbſt auferlegten Legate;

2. durch die, welche im Pupillar-Teſtamente dem Subſtituten auferlegt ſind.

2) L. 1. §. 14. L. 78. i. f. D. h. t.

3) cit. L. 78 init. D. h. t.

4) L. 1. §. 15. D. h. t.

1) L. 87. §. 5 D. h. t.

Die hier aufgeſtellte Regel findet Anwendung auch auf den Fall, da dem Pupillen ein Miterbe pupillariter ſubſtituirt iſt. Auf die Erbportion dieſes letzteren werden die im Pupillar-Teſtamente angeordneten Legate nicht bezogen, ſondern lediglich auf die Erbportion des Pupillen [2]).

Aus dem Geſagten folgt: Wenn der Vater in ſeinem eignen Teſtamente den Pupillen mit Legaten belaſtet hat, ſo müſſen dieſe Legate mit den im Pupillar-Teſtamente angeordneten zuſammengerechnet werden, wenn man darüber ſoll urtheilen können, ob die **Lex Falcidia** beobachtet ſei, oder nicht [3]).

Beſondere Berückſichtigung verdient nun aber noch folgender Umſtand: Iſt dem inſtituirten Pupillen ein M i t e r b e **pupillariter** ſubſtituirt, und die Bedingung der Pupillar-Subſtitution geht in Erfüllung, ſo tritt auch hier eine Vereinigung von Erbantheilen ein — nämlich desjenigen Antheils an der väterlichen Erbſchaft, welchen der Subſtitut **ex institutione** hat, und desjenigen, den er in der Pupillar-Erbſchaft vorfindet. Es entſteht daher die Frage: Welchen Einfluß hat dies auf die Berechnung der **Quarta Falcidia**? Keinen, wenn bloß die Erbportion des P u p i l l e n über das Maß hinaus g r a v i r t iſt: den Legataren werden dieſelben Abzüge gemacht, welche ſie ſich müßten gefallen laſſen, wenn der Pupillar-Subſtitut im väterlichen Teſtamente nicht inſtituirt wäre. In allen übrigen Fällen aber werden beide Erbportionen zuſammengerechnet [4]).

Z w e i t e r Hauptfall: Der Pupill iſt e x h e r e d i r t. Iſt hier auch der Subſtitut im väterlichen Teſtamente nicht inſtituirt, ſo bleiben die im Pupillar-Teſtamente angeordneten Legate ohne alle Wirkung; iſt er aber im väterlichen Teſtamente zum Erben ernannt, ſo werden die im Pupillar-Teſtamente angeordneten Vermächtniſſe betrachtet als laſtend auf demjenigen, was ihm durch jene Erbeseinſetzung im väterlichen Teſtamente zu Theil wird, nämlich als laſtend darauf unter der Bedingung, daß die Pupillar-Subſtitution ſich wirkſam erweiſe. Sie werden, wenn

2) L. 11. §. §. 5—7. L. 79. pr. D. h. t.
D. h. t.
3) S. die vor. Note u. L. 80. §. D. h. t.
4) L. 11. §. 7. L. 87. §. §. 4. 5.

dem Subſtituten im väterlichen Teſtamente ſelbſt Vermächtniſſe auferlegt ſind, mit dieſen bei Berechnung der Falcidiſchen Quart zuſammengerechnet [5]).

§. 1042.

δ. Ueber das Verhältniß der Falcidiſchen Quart zum Pflichttheile.

Denken wir uns: der mit Legaten belaſtete Erbe iſt ein ſolcher, der einen Pflichttheil zu fordern berechtigt iſt. Im Fall eines Uebermaßes von Legaten concurriren alsdann zwei verſchiedene Gründe, wodurch eine Verkürzung der Legate gerechtfertigt werden kann: Nämlich erſtens jene Regel, daß der Pflichttheil ohne alle Beſchränkung hinterlaſſen werden muß. S. §. 877.; und dann zweitens die Lex Falcidia. Daher fragt es ſich: können dieſe beiden Gründe neben einander geltend gemacht, und kann auf dieſe Weiſe ein zweifacher Abzug bewirkt werden? Nach Römiſchem Rechte muß die Frage entſchieden verneint werden. Es kann immer nur Einer von beiden Gründen geltend gemacht werden [1]); und es kommt auf die Umſtände an, ob die Geltendmachung des Einen oder des Andern mehr Vortheil gewährt. Vor der Nov. 18. betrug der Pflichttheil in jedem Fall nur 1/4 desjenigen, was Einer ab intestato erhalten hätte; und daher war damals derjenige, welcher ex asse inſtituirt war, durch die Quarta Falcidia jederzeit zugleich ſeines Pflichttheils halber ſicher geſtellt [2]). Seit der Novelle 18. beträgt nun aber der Pflichttheil immer wenigſtens 1/3 desjenigen, was Einer ab intestato erhalten hätte — und da wird dann freilich auch der ex asse Inſtituirte ſich in der Lage befinden können, daß ihm durch die Falcidia noch nicht geholfen iſt, und daß er ſich alſo genöthigt ſieht, ſtatt der Falcidia, ſeine Anſprüche auf den Pflichttheil geltend zu machen. Ein zwiefacher Abzug findet nun aber nie Statt: immer nur aus einem Grunde können die Legate verkürzt werden.

5) L. 11. §. 8. D. h. t.

1) Paul. IV, 5. §. 5.

2) Hierauf bezieht ſich Paul. c. l. Vgl. L. 8. §. 9. D. d. inofficioso test. V, 2.

So verhält es ſich nach *Römiſchem* Rechte. So aber auch nach *Canoniſchem* Rechte. Denn die Stellen des Canoniſchen Rechts, die von Einigen für das Gegentheil angeführt werden, beziehen ſich bloß auf das Fideicommiß der Erbſchaft, nicht auf Legate und Singular-Fideicommiſſe. Im §. 1071. werde ich darauf zurückkommen.

B. Von dem Erwerbe ſelbſt. (§. §. 1043—1046.)

§. 1043.

A. Von der Art und Weiſe des Erwerbes.

Aus den Inſtitutionen des Gajus ſehen wir, daß die älteren Juriſten hierüber bei *Vindicationslegaten* nicht einer und derſelben Meinung waren: Die *Sabinianer* hielten dafür, daß eine per vindicationem legirte Sache post aditam hereditatem *ſofort* in des Legatars Eigenthum überginge, auch wenn dieſer von dem Legate gar nicht unterrichtet wäre, daß alſo der Erwerb ipso jure erfolgte; die *Proculejaner* dagegen meinten, der legirte Gegenſtand würde dem Legatar nicht anders erworben, als *vermittelſt* einer *Erklärung*, daß er ihn haben wolle; ſie alſo hielten die Antretung der Erbſchaft nicht für hinreichend, ſondern erforderten überdies eine Agnitio legati von Seiten des Legatars, und dieſe Anſicht der Proculejaner, fügt *Gajus* hinzu, ſcheine durch eine Conſtitution des Divus *Pius* die geltendere geworden zu ſein [1].

Von dieſer Verſchiedenheit der Anſichten finden ſich noch in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern mancherlei Spuren, die denn auch unter den neueren Rechtsgelehrten zu verſchiedenen Anſichten Veranlaſſung gegeben haben. Indeſſen leidet es doch keinen gegründeten Zweifel, daß im Juſtinianiſchen Recht die Meinung der *Sabinianer* die geltende ſei, und daß überhaupt und in jeder Beziehung der Erwerb der Legate ipso jure erfolge. Daß die durch ein Legat zu begründende *Forderung* dem Legatar ipso jure erworben werde, lehrt auf das Beſtimmteſte

1) S. Gajus II. §. 195.

L. 16. §. 1. D. qui testam. facere poss. etc. XXVIII, 1. (**Pomponius.**) Hier wird von dem Wahnſinnigen geſagt:

> »Potest sibi acquirere legatum vel fideicommissum; nam etiam compotibus mentis personales actiones etiam ignorantibus acquiruntur.«

Daß eben dies gelte von dem Erwerbe **dinglicher** Rechte, inwiefern dieſe den unmittelbaren Gegenſtand eines Legates ausmachen, namentlich von dem Erwerbe des Eigenthums, dies lehrt eben ſo beſtimmt eine ganze Reihe von Stellen. So ſagt in L. 69. pr. D. d. legat. II. (**Gajus**):

> »Servo legato legari posse receptum est, quod adita hereditate statim servus acquiritur legatario; deinde sequetur legatum.«

Und in der L. 80. D. d. leg. II. ſagt **Papinian**:

> »— — quod eo pertinet, ut, si pure res relicta sit, et legatarius non repudiaverit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum heredis.«

Desgleichen **Ulpian** in L. 44. §. 1. D. d. leg. I.:

> »Si quis rem sibi legatam ignorans adhuc legaverit, postea cognoverit et voluerit ad se pertinere, legatum valebit, quia ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est; si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis« [2]).

Alſo Agnition von Seiten des Legatars iſt durchaus nicht erforderlich, ſondern nur dieſes, daß der Legatar das Legat nicht etwa repudiire. Es bedarf von des Legatars Seite nicht der Erklärung, daß er die legirte Sache haben wolle und ſonach geht das Eigenthum auf ihn ipso jure über. Aber freilich die legirte Sache wird dem Legatar nicht aufgedrungen; er kann durch Repudiation den erfolgten Uebergang des Eigenthums mit rückwirkender Kraft aufheben — wie wir noch in der Folge ſehen werden.

2) Vgl. noch L. 86. §. 2. D. d. legat. I. (**Julianus.**) L. 64. (66.) D. d. furt. XLVII, 2. (**Neratius.**)

§. 1044.

B. Von den verſchiedenen Stufen des Erwerbes.

Es gibt dieſer Stufen zwei:

Die erſte Stufe des Erwerbes iſt diejenige, vermittelſt deren das Legat ſelbſt noch nicht erworben, ſondern nur allein dieſes bewirkt wird, daß in Anſehung deſſelben der Erbe des Legatars in deſſen Stelle eintritt, ſo daß, wenn nachher der Zeitpunkt des eigentlichen Erwerbes herankommt und der Legatar nicht mehr am Leben iſt, der Erbe deſſelben das Legat erwirbt. Alſo nur die auf den Erben übergehende Ausſicht künftigen Erwerbes iſt es, welche dem Legatar zu Theil wird — es iſt kein eigentlicher, endlicher, es iſt nur ein vorläufiger Erwerb. Der Augenblick dieſes vorläufigen Erwerbes wird techniſch alſo bezeichnet: »Dies legati cedit.« Im Deutſchen mag man dieſen vorläufigen Erwerb den Anfall des Legates nennen, oder man mag auch ſo ſagen: Es wird das Recht der Transmiſſion erworben.

Die zweite Stufe des Erwerbes iſt die des eigentlichen und wahren Erwerbes, da der Legatar oder deſſen Erbe dasjenige Recht ſelbſt erhält, welches den Inhalt des Legates ausmacht. Mehrentheils nun wird mit dieſem eigentlichen Erwerbe des Rechts ſelbſt auch die Befugniß verbunden ſein, daſſelbe ſofort geltend zu machen, und inwiefern den daraus hervorgehenden Anſprüchen kein Genüge geſchieht, dieſerhalb Klage zu erheben. Mehrentheils, ſage ich, wird es ſich alſo verhalten, allerdings aber nicht immer. Es kann geſchehen, daß die aus dem Legat hervorgehende Obligatio zwiſchen dem Erben und dem Legatar wirklich und in der That ſchon jetzt vorhanden iſt, daß aber der Erbe dennoch erſt nach dem Ablaufe einer gewiſſen Zeit die ihm obliegende obligatoriſche Verpflichtung zu erfüllen verbunden iſt. Hier kann der Legatar nicht jetzt ſchon Klage erheben, ſondern erſt nach dem Ablauf jener Friſt. Uebrigens pflegt man den Zeitpunkt, in welchem der Legatar Klage zu erheben befugt iſt, ſobald ſeinen Anſprüchen nicht Genüge geſchieht, techniſch ſo

zu bezeichnen: »Dies legati venit.« Aus dem Geſagten ergibt ſich, daß die Ausdrücke, „das Legat iſt wirklich erworben“ und »Dies legati venit« nicht durchaus identiſch ſind.

Nun muß ich aber noch bemerken, daß die hier bezeichneten beiden Stufen des Erwerbes nicht bei allen Legaten geſondert ſind, ſondern daß oftmals beiderlei Erwerb in einem und demſelben Augenblick zuſammenfällt — etwa wie bei der Erbſchaft Anfall und Erwerb der Regel nach getrennt ſind von einander, dennoch aber nicht ſelten auch vereinigt vorkommen. Es wird ſich dies ſogleich zeigen. Wir kommen nämlich nunmehr an die Frage nach dem Zeitpunkt des Erwerbes.

Zuerſt ſollen, im §. 1045., die allgemeinen Grundſätze dargeſtellt werden, und zwar wollen wir dabei den häufigſten Fall gerade ins Auge faſſen, den Fall, da der Erbe der mit dem Legat Belaſtete iſt. Einzelne Bemerkungen verſpare ich für den §. 1046., wo dann insbeſondere auch darauf Rückſicht genommen werden ſoll, daß ein Anderer, als der Erbe, der Belaſtete ſein kann.

C. Von dem Zeitpunkte des Erwerbes. (§. §. 1045. 1046.)

† DIG. XXXVI, 2. Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat. — † COD. VI, 53. Quando dies legati vel fideicommissi cedit.

§. 1045.

a. Darſtellung der allgemeinen Grundſätze.

Wir müſſen hier unterſcheiden zwiſchen Legata pure relicta, Legata ex die relicta und Legata sub conditione relicta.

Bei Legata pura iſt die Regel dieſe:

Das Recht der Transmiſſion wird erworben ſchon bei dem Tode des Teſtators. Schon da alſo ſagt man: »Dies legati cedit«. Das Recht ſelbſt aber, welches den Inhalt des Legates ausmacht, das wird erworben erſt acquisitae hereditatis tempore. Dann erſt ereignet ſich der eigentliche Erwerb; mit

dieſem iſt dann aber zugleich das Recht der ohne Weiteres anzuſtellenden Klage verbunden, es heißt alsdann **Dies legati venit** [1]).

Bei **Legata** **ex die certo relicta** iſt die Regel folgende:

Das Recht der Transmiſſion wird ebenfalls erworben ſchon **Mortis tempore** [2]). Alſo auch hier heißt es ſchon dann »**Dies legati cedit.**« Was aber den Erwerb des aus dem Legat hervorgehenden Rechts ſelbſt betrifft, ſo müſſen wir unterſcheiden zwiſchen der aus einem Legat entſpringenden Forderung an den Erben und dem dadurch etwa zu begründenden dinglichen Rechte des Legatars. Dieſes kann niemals entſtehen **ante diem existentem** — was aber die Forderung betrifft, ſo kommt es auf die Exiſtenz des Tages nur in Beziehung auf die Anſtellung der Klage an [3]); die Forderung ſelbſt wird jederzeit in eben dem Augenblick erworben, in welchem der Erbe die Erbſchaft erwirbt, wenngleich der vom Teſtator bezeichnete Tag noch lange nicht gekommen ſein mag.

Hinſichtlich ſolcher Legate, welche **sub conditione** hinterlaſſen ſind, gelten folgende Regeln:

1. Iſt ſchon bei des Teſtators Tode die Bedingung erfüllt, ſo gilt ganz daſſelbe, was bei **Legata pura** Rechtens iſt.

2. Iſt dieſes aber nicht der Fall, ſo wird

a. das Recht der Transmiſſion gerade ſo erworben im Augenblick der erfüllten Bedingung, wie es bei **Legata pura** erworben wird im Augenblick des Todes des Teſtators [4]). Was aber

1) L. 5. §. 1. D. h. t. »Itaque si purum legatum est, ex die mortis dies ejus cedit.« L. 7. pr. D. eod. L. 32. pr. D. d. legat. II. »Omnia, quae testamentis sine die vel conditione adscribuntur, ex die aditae hereditatis praestantur.«

2) cit. L. 5. §. 1. D. h. t. » . . . . . Si vero post diem sint legata relicta, simili modo atque in puris dies cedit, nisi forte id fuit legatum, quod ad heredem non transit; nam hujus dies non ante cedit, utputa si ususfructus sit post annum relictus; hanc enim sententiam probamus.« L. 21. pr. D. eod. (S. ob. §. 103. Note 1.)

3) cit. L. 21. pr. D. h. t.

4) L. 5. §. 2. D. h. t. »Sed si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta, ne quidem si ea sit conditio, quae in potestate sit legatarii.« cit. L. 21. pr. D. eod. L. un. §. 7. C. d. caduc. toll. VI, 51.

b. anbelangt den Erwerb des Legates ſelbſt, ſo fällt dieſer mit jenem Erwerbe der Transmiſſion zuſammen, wenn die Erbſchaft erworben iſt ſchon **vor** der erfüllten Bedingung. Dagegen iſt dieſer Erwerb des Legats ſelbſt getrennt von dem Erwerbe der Transmiſſion, wenn die Erbſchaft erworben wird erſt **nach** erfüllter Bedingung. Hier nämlich wird die Ausſicht auf den Erwerb des Legates transmittirt von dem Augenblicke an der erfüllten Bedingung; das Legat ſelbſt aber wird erworben erſt **acquisitae hereditatis tempore.**

Auf dieſe Weiſe iſt alſo bei **Legata sub conditione** die Erfüllung der Bedingung zwar nicht das Einzige, worauf es ankommt — immer aber iſt es etwas durchaus Weſentliches, ſo daß, ehe die Bedingung erfüllt iſt, keine Art des Erwerbes Statt findet.

§. 1046.

b. Einzelne Bemerkungen.

DIG. VII, 3. Quando dies ususfructus legati cedat.

1. Der vorläufige Erwerb fällt bei ſolchen Legaten weg, welche ein **ſtreng an die Perſon gebundenes** Recht zum Gegenſtande haben, ein ſolches alſo, welches auf den Erben gar nicht übergehen kann — dergeſtalt, daß ein bloß vorläufiger Erwerb hier keinen Sinn und keine Bedeutung haben würde. So bei dem Legat des **Ususfructus**, des **Usus** und der **Habitatio** [1]).

2. Eine eigene Bewandtniß hat es mit den **Annua legata.** Schon im §. 1020. war die Rede davon, daß ein **Annuum legatum** angeſehen werde, als ein Aggregat mehrer Legate, deren jedes ſich nur auf die Leiſtung Eines Jahres bezieht. Das Legat nun für das erſte Jahr iſt ein **purum legatum**, und da findet weiter nichts Beſonderes Statt. Die Legate für die folgenden Jahre aber ſind **Legata ex die**; der **Dies** für jedes einzelne iſt der erſte Tag des neu beginnenden Jahres;

1) L. 2. L. 3. L. 5. §. 1. (S. L. un. §. 3. D. quando dies
d. vor. §. Note 2.) L. 9. D. h. t. ususfr. etc. VII, 3.

wobei die Jahre vom Todes Tage des Teſtators an gerechnet werden. Und hier nun iſt das Beſondere dieſes, daß keines dieſer Legate, auch nicht einmal vorläufig, erworben werden kann, ehe der beſtimmte Tag gekommen iſt. Es gilt in Anſehung der folgenden Jahre die Regel: »Initio cujusque anni — legati dies cedit« [2]).

3. Ich habe im §. 1045. geſagt: Bei bedingten Legaten kann, ehe die Bedingung erfüllt iſt, keine Art des Erwerbes Statt finden. Deſſen ungeachtet wird nun aber bei gewiſſen Bedingungen der Legatar, gegen Leiſtung der Muciana cautio, ſchon pendente conditione zum interimiſtiſchen Genuß des Legates zugelaſſen. S. §. 820.

4. Wenn der mit einem Legat beſchwerte Erbe unter einer Bedingung zum Erben ernannt iſt, ſo hat dies auf den vorläufigen Erwerb des Legates keinen Einfluß: das Legat cedirt ganz eben ſo, wie wenn die Erbeseinſetzung eine unbedingte wäre. Denn obgleich die endliche Wirkſamkeit des Legates ebenfalls von jener Bedingung abhängt, ſo iſt die Bedingung für das Legat dennoch immer nur eine ſolche, quae vi ipsa inest, es iſt keine eigentliche Bedingung. Daher cediren denn ſolche Legate, welche von einem bedingt Inſtituirten pure hinterlaſſen ſind, gleich ex die mortis testatoris. Namentlich gilt dies von Legaten, womit der Teſtator einen Subſtituten beſchwert hat, der Subſtitut ſei vulgariter oder pupillariter ſubſtituirt. Z. B. alſo: Der Teſtator hat den A. inſtituirt, den B. vulgariter ſubſtituirt, und von dieſem dem C. pure ein Legat hinterlaſſen. Nun iſt A. unſchlüſſig, ob er die Erbſchaft annehmen ſoll oder nicht, und während er noch deliberirt, ſtirbt C. Nach des C. Tode repudiirt A. die Erbſchaft, und ſo gelangt, da jetzt die Bedingung der Subſtitution in Erfüllung gegangen iſt, B. zur Erbſchaft. Es fragt ſich, werden die Erben des C. von dem B. das Legat fordern können? Unſerer Regel zu Folge ohne

2) L. 4. D. d. annuis legat. XXXIII, 1. L. 12. pr. et §. §. 1. 3. D. h. t. (§. 3.) »Item Celsus scribit, quod et Julianus probat, hujus legati diem ex die mortis cedere, non ex quo adita est hereditas, et si forte post multos annos adeatur hereditas, omnium annorum legatario deberi.«

Zweifel. Denn da die Bedingung der Subſtitution das Legat zu keinem bedingten machte, ſo mußte es ſchon bei dem Tode des Teſtators cediren, und C. hat es demnach auf ſeine Erben transmittirt [3]. Eben ſo nun aber auch bei der Pupillar-Subſtitution. Setzen wir, der Teſtator hat im Pupillar-Teſtamente pure gewiſſe Legate angeordnet, und nun ſtirbt er. Der Pupill aber überlebt ihn, und ſtirbt ſelbſt erſt mehre Jahre nachher. Wenn hier Einer der Legatare in der Zwiſchenzeit ebenfalls mit Tode abgegangen iſt, ſo iſt dadurch das Legat für ſeine Erben keineswegs verloren. Denn das Legat cedirte noch bei des Pupillen Leben, gleich in dem Augenblick des Todes des ſubſtituirenden Parens [4].

5. Bisher haben wir uns immer den *Erben* als den Belaſteten gedacht. Die dabei geltenden Beſtimmungen finden jedoch in dem Falle, wo der Belaſtete ein *Anderer* iſt, analoge Anwendung. Daher iſt der mit einem Vermächtniß belaſtete Legatar demjenigen, zu deſſen Gunſten er belaſtet iſt, in keinem Fall eher verpflichtet, als bis er ſelbſt das ihm gebührende Legat erworben hat. Ja, ſo lange er den Gegenſtand des Legates nicht wirklich empfangen hat, kann von ihm weiter nichts gefordert werden, als Abtretung ſeiner Klage gegen den Erben [5].

6. Daß bei Legata *pure* oder *ex die certo* relicta der Dies gleich bei dem Tode des Teſtators cedirt, das iſt altes Recht. In ſpäterer Zeit ſubſtituirte man dem Todestage den Tag der Eröffnung des Teſtaments. *Juſtinian* hat aber das ältere Recht wieder hergeſtellt [6].

3) L. 7. §. 3. D. h. t.

4) L. 1. L. 7. §. §. 4. 5. D. h. t.

5) Paul. IV, 1. §. 14. L. 70. pr. D. d. legat. II. L. 8. pr. D. d. legat. III.

6) L. un. §. 1. C. d. caduc. toll. VI, 51.

C. Von den rechtlichen Folgen des Erwerbes. (§. §. 1047 — 1054.)

A. Von den Rechten des Legatars. (§. §. 1047 — 1051.)

a. Ohne Rückſicht auf das Vorhandenſein von Collegataren. (§. §. 1047 — 1050.)

α. Ueber die dem Legatar zuſtehenden Rechte an und für ſich. (§. §. 1047. 1048.)

§. 1047.

a. Von den Rechten des Legatars, inwieweit ſie dinglicher Art ſind.

Es kommen hier zweierlei Arten von dinglichen Rechten in Betracht: Rechte aus dem Legate und Rechte in Beziehung darauf.

Zuerſt von den dinglichen Rechten aus dem Legate, d. h. von denjenigen, die aus einem Legate unmittelbar hervorgehen. Daß ein Legat dem Legatar ſo unmittelbar ein dingliches Recht verſchaffe, das iſt nun aber nicht anders möglich, als unter folgenden Vorausſetzungen: Handelt es ſich um die Uebertragung eines ſchon vorhandenen dinglichen Rechts, ſo muß dieſes Recht ein dem Teſtator ſelbſt zuſtändiges ſein; handelt es ſich aber um die Erzeugung eines früher noch nicht vorhanden geweſenen **Jus in re**, ſo muß die Sache, an welcher der Legatar dieſes Recht haben ſoll, in des Teſtators Eigenthum ſein. Vgl. §. §. 1011. 1014. Sind die oben bezeichneten Vorausſetzungen vorhanden, ſo erwirbt der Legatar das ihm zugedachte dingliche Recht in dem für den Erwerb geeigneten Augenblicke ſofort, ohne daß es erſt noch einer Uebertragung, einer Verleihung von Seiten des Erben bedürfte. Denken wir uns daher, der Verſtorbene hat dem Legatar das Eigenthum einer zum Nachlaß gehörigen Sache legirt, und zwar pure. Hier geht das Eigenthum in demſelben Augenblicke auf den Legatar über, in welchem der Erbe ſeiner Seits die Erbſchaft erwirbt, ſo daß der Erbe hier in keinem Augenblicke Eigenthümer iſt; der Legatar

ſuccedirt dem Verſtorbenen unmittelbar [1]). Iſt aber das Legat ein Legatum in diem certum relictum oder ein Legatum conditionale, und es iſt zur Zeit des Erwerbes der Erbſchaft der beſtimmte Tag noch nicht erſchienen, die vorgeſchriebene Bedingung noch nicht erfüllt, ſo wird dann allerdings einſtweilen der Erbe Eigenthümer. Aber dieſes Eigenthum des Erben dauert nur ſo lange, bis der Tag da iſt, oder die Bedingung in Erfüllung geht; dann wird ohne Weiteres der Legatar Eigenthümer. Und zwar nicht etwa bloß in dem Falle, da die Sache ſich noch in des Erben Händen befindet, ſondern auch in dem Falle, da der Erbe ſie an irgend einen Dritten veräußert hat [2]). Und auf eine ganz ähnliche Weiſe verhält es ſich da, wo etwa durch das Legat ein Jus in re hervorgebracht werden ſoll. Auch hier wird, wenn das Legat ex die oder sub conditione angeordnet iſt, das dem Legatar zugedachte Jus in re, existente die oder impleta conditione, ohne Weiteres ſeinen Anfang nehmen, nicht weniger dann, wenn die Sache von dem Erben veräußert iſt, als wenn ſie ſich noch in ſeinen Händen befindet [3]). Vgl. §. 221.

Das bisher Vorgetragene war Rechtens, ſchon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten. Neu dagegen, und erſt durch die Juſtinianiſche Legislation eingeführt iſt, daß bei dem Legate des Eigenthums einer dem Teſtator gehörigen Sache der Legatar in dem Falle, da die Sache in die Hände eines Dritten gekommen iſt, nicht einmal zu fürchten hat, daß auf dem Wege der ordentlichen Erſitzung ſeinem Rechte Eintrag geſchehe [4]). Vergl. §. 261. Nr. 5.

1) L. 80. D. d. legat. II. (S. oben §. 1043.) L. 64. (66.) D. d. furt. XLVII, 2.

2) L. 69. §. 1. D. d. legat. I. L. 105. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1.: »Si fundum a testatore sub conditione legatum heres alii pendente conditione legavit, postea existente conditione, quae priori testamento proposita fuerat, neque proprietas a priore legatario recedet, nec locum religiosum in eo fundo facere, nec servitutem imponere poterit; sed et imposita servitus finietur existente conditione.« L. 81. pr. D. d. legat. I. L. 11. §. 1. D. quemadm. servit. amitt. VIII, 6. L. 17. D. quib. mod. ususfruct. v. usus amitt. VII, 4.

3) L. 16. D. eod.

4) L. ult. §. 3. C. communia de legat. VI, 43.

Zweitens: In Beziehung zu dem Legate ſteht das geſetzliche Pfandrecht, welches der Legatar bei jedem Legat ohne Ausnahme hat wegen aller aus dem Legat hervorgehenden Anſprüche an den Belaſteten. Dieſes geſetzliche Pfandrecht erſtreckt ſich auf Alles, was aus dem Vermögen des Erblaſſers auf den Belaſteten übergegangen iſt; das ſonſtige Vermögen des Belaſteten iſt darunter nicht begriffen. Erſt Juſtinian hat dem Legatar dieſes geſetzliche Pfandrecht gegeben [5]). Vgl. §. 339. **IV.**

§. 1048.

b. Von dem obligatoriſchen Rechte des Legatars gegen den Onerirten.

COD. VI, 47. De usuris et fructibus legatorum seu fideicommissorum.

Zwiſchen dem Belaſteten und dem Legatar findet ein obligatoriſches Verhältniß Statt, welches, wegen ſeiner Aehnlichkeit mit einem contractmäßigen Verhältniſſe, in unſeren Quellen als eine **Obligatio quasi ex contractu** dargeſtellt wird [1]).

Iſt nun das Legat von der Art, daß es dem Legatar unmittelbar ein dingliches Recht nicht gewähren kann, ſo iſt die Wirkung deſſelben auf die Begründung unſerer **Obligatio** beſchränkt. Iſt dagegen das Legat geeignet, dem Legatar unmittelbar ein dingliches Recht zu geben, ſo hat der Legatar die Wahl, ob er ſich ſofort als wirklicher Inhaber jenes dinglichen Rechts anſehen, oder die unmittelbare Verleihung deſſelben als nicht vorhanden betrachten, und ſich damit begnügen will, aus dem Legate eine **Obligatio** abzuleiten, wodurch der Onerirte verpflichtet werde, ihm, dem Legatar, das von dem Teſtator bezeichnete dingliche Recht zu verſchaffen [2]). (Vgl. §. 158. II. B. 1.)

5) L. 1. C. eod.

1) L. 5. §. 2. D. d. O. et A. XLIV, 7. §. 5. I. d. obl. quasi ex contr. III, 27. (28.)

2) Auf dieſes Wahlrecht, welches ſich höchſt wahrſcheinlich aus dem SCtum Neronianum herſchreibt, beziehen ſich L. 84. §. ult. L. 85. D. d. legat. I. L. 76. §. 8. D. d. legat. II. »Variis actionibus legatorum simul legatarius uti non potest, quia legatum datum in partes dividi non potest; non enim ea mente datum est legatariis pluribus actionibus uti, sed ut laxior eis agendi facultas sit, ex una interim, quae fuerat electa, legatum petere.« L. 3. C. d. legat. VI, 37. L. 4. C. d. usur. et fructib. legator. s. fideicommissor. VI, 47.

Hiernach iſt alſo unſere Obligatio etwas, was Beziehung hat auf alle und jede Legate.

Die Hauptforderung des Legatars geht dahin, daß ihm dasjenige gerade verſchafft werde, was den eigentlichen Gegenſtand des Legates ausmacht. Iſt aber der Belaſtete dies zu leiſten durch eigene Verſchuldung außer Stande, ſo kann der Legatar auf Schadensersatz Anſpruch machen. Dabei entſteht jedoch die Frage, für welche Verſchuldung der Belaſtete zu haften habe?

Die Beantwortung dieſer Frage wird in der L. 108. §. 12. D. d. leg. I. von dem allgemeinen Grundſatze abhängig gemacht, daß derjenige, welcher keinen Vortheil hat, nur Dolus und was dem gleich iſt, zu leiſten braucht, während derjenige, welchem das Verhältniß, in dem er ſteht, Vortheil bringt, ſelbſt wegen einer levis culpa in Anſpruch genommen werden kann. Alſo, Alles kommt in unſerem Falle darauf an, ob der Belaſtete durch das Verhältniß, hinſichtlich deſſen er belaſtet iſt, mehr empfängt, als der Werth des ihm auferlegten Vermächtniſſes austrägt, oder nicht. Nur in jenem Falle wird er levis culpa zu leiſten haben, außerdem haftet er nur für Dolus, und was dem gleich iſt. Hieraus folgt denn nun aber, daß der mit einem Vermächtniſſe belaſtete Erbe in der Regel jederzeit zur äuſerſten Sorgfalt verbunden iſt; denn der Regel nach hat er immer Vortheil. Wenn auch an und für ſich die angeordneten Legate die ganze Erbſchaft hinnehmen, ſo kommt ihm ja die Lex Falcidia zu Statten. Hieraus erklärt ſich L. 47. §. 5. D. d. leg. I., in welcher von dem Erben ſchlechthin geſagt wird, er müſſe nicht bloß für die Culpa, welche Dolo proxima iſt, ſondern auch für levis culpa einſtehen; er habe Diligentia zu leiſten [3]. Damit ſcheint indeſſen im Widerſpruch zu ſtehen L. 22. §. 3. D. ad SCtum Trebellianum XXXVI, 1. Hier iſt insbeſondere von einem dem Erben auferlegten Fideicommissum hereditatis die Rede. Und da ſagt der Juriſt ausdrücklich, der Erbe brauche nur für diejenige Culpa einzuſtehen, quae dolo proxima est. Dies nun iſt um ſo auffallender, als dieſe

3) Damit ſtimmt überein L. 26. §. 1. D. d. legat. I.

Stelle und die vorhin angeführte **L. 47. D. de leg. I.** beide von **Ulpian** ſind. Der Widerſpruch hebt ſich indeſſen, wenn wir annehmen, **Ulpian** habe in der angeführten **L. 22. D. ad SCtum Trebellianum** einen ſolchen Fall gerade im Auge, da der Erbe die ganze Erbſchaft herausgibt.

Noch iſt beſondere Rückſicht zu nehmen auf die **Mora**, deren etwa der Belaſtete ſich ſchuldig macht. Hier fand nach älterem Rechte ein Unterſchied Statt zwiſchen Fideicommiſſen und Legaten. Bei Fideicommiſſen konnten Zinſen und Früchte **ex mora** gefordert werden, nicht ſo bei Legaten 4). Nach **Juſtinianiſchem** Rechte iſt nun aber in dieſem Punkte das Recht der Fideicommiſſe als das gemeine Recht der Vermächtniſſe zu betrachten 5). Nicht entgegen ſind **L. 1.** und **L. 4. C. d. usur. et fructib. VI, 47.** Nämlich, wenn in dieſen Reſcripten von Zinſen und Früchten die Rede iſt erſt von der Litisconteſtation an, ſo iſt dies von ſolchen Fällen zu verſtehen, in welchen der Belaſtete erſt durch den Prozeß **in Mora** verſetzt wird.

Noch iſt zu bemerken, daß bei Legaten **ad pias causas** die **Mora** nach Ablauf von **ſechs Monaten** »**ab insinuatione testamenti**« **ipso jure** eintritt 6).

β. Ueber die dem Legatar zu Gebote ſtehenden Rechtsmittel. (§. §. 1049. 1050.)

§. 1049.

a. Von der Befugniß des Legatars, Sicherheitsleiſtungen zu fordern.

† **DIG. XXXVI, 3.** Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur. **XXXVI, 4.** Ut in possessione legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat. — † **COD. VI, 54.** Ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa mittatur, et quando satisdari debeat.

4) S. **Gaj. II. §. 280.**

5) Vgl. **L. 3. pr. D. d. usur. XXII, 1.** (S. ob. §. 418. Note 7.) **L. 8. D. eod. L. 23. L. 39. §. 1. D. d. legat. I. L. 78. §. 2. L. 84. D. d. legat. II. L. 26. D. d. legat. III. L. 89. §. 1. D. ad Leg. Falcid. XXXV, 2.**

6) **Nov. 131. c. 12.**

Wenn nach erworbenem Legate die wirkliche Berichtigung noch irgend einem Aufſchub unterworfen iſt, entweder weil das Legat ex die hinterlaſſen iſt, oder aus einem andern Grunde, ſo kann der Legatar von dem Belaſteten fordern, daß er wegen dereinſtiger Berichtigung des Legates Sicherheit leiſte. Inſofern nun gehört die Lehre von der **Cautio legatorum servandorum causa** ganz eigentlich hierher — in den Abſchnitt von den rechtlichen Folgen des Erwerbes. Ich muß jedoch bemerken, daß die eben bezeichneten Vorausſetzungen nicht die einzigen ſind, unter welchen der Legatar Sicherheit fordern kann. Auch da, wo Jemand ein Legat unter einer Bedingung hinterlaſſen iſt, und die Bedingung noch ſchwebt — auch da kann der Legatar verlangen, daß ihm wegen wirklicher Leiſtung des Legats auf den Fall der erfüllten Bedingung Sicherheit beſtellt werde. Ja dieſe Sicherheit kann ſelbſt dann gefordert werden, wenn die Exiſtenz des Legates ſtreitig iſt, ſobald nur das Unrecht des Legatars nicht ganz offenbar zu Tage liegt; der angebliche Onerirte muß hier dafür Sicherheit leiſten, daß er, Falls in der Folge die Exiſtenz des Legates ausgemittelt werden ſollte, dem Inhalte deſſelben Genüge leiſten werde [1]).

Uebrigens iſt der Regel nach, das bloße Verſprechen, den Legatar zu befriedigen, noch nicht hinreichend; es müſſen überdies Bürgen geſtellt werden. Denn dieſe **Cautio** iſt eine **Satisdatio** [2]).

Wird dem Verlangen des Legatars nicht genügt, ſo kann er um Immiſſion in diejenigen Güter des Belaſteten nachſuchen, welche demſelben durch den Tod des Erblaſſers zu Theil geworden ſind [3]). Dieſe Immiſſion verſchafft dem Legatar die Befugniß, die gedachten Güter neben und mit dem Belaſteten ſo lange zu detiniren, bis dieſer entweder das Legat ſelbſt, oder Sicherheit leiſtet [4]). Zögert der Belaſtete volle ſechs Monate,

1) L. 1. pr. D. h. t. »Legatorum nomine satisdari oportere Praetor putavit, ut, quibus testator dari fieri voluit, his diebus detur vel fiat, dolumque malum abfuturum stipulentur.« L. 5. §. 2. L. 14. L. 15. pr. D. eod. L. 1. C. h. t.

2) citt. L. 1. pr. L. 5. §. 2. L. 15. pr. D. h. t. L. 16. D. eod.

3) L. 6. C. h. t.

4) L. 5. pr. L. 6. §. 1. D. ut in poss. legator. etc. XXXVI, 4.

ſo kann der Legatar um eine zweite Immiſſion in das übrige Vermögen des Belaſteten nachſuchen [5]).

Uebrigens gibt es Fälle, in welchen ausnahmsweiſe keine Cautio gefordert werden kann. Dahin gehört:

1. Der Fall, da der Teſtator ſie dem Belaſteten erlaſſen hat [6]).

2. Aeltern, denen Vermächtniſſe zu Gunſten ihrer Kinder aufgelegt ſind, brauchen dieſen keine Sicherheit zu leiſten, wenn nicht der Teſtator ihnen dieſe Verpflichtung ausdrücklich auferlegt hat. Auch findet eine Ausnahme Statt, wenn die Aeltern zur zweiten Ehe ſchreiten [7]).

3. Eben ſo ſind von der Nothwendigkeit der Caution frei Geſchwiſter, welche einander nach dem Teſtamente der Aeltern Vermächtniſſe zu leiſten haben; es wäre denn, daß die Aeltern ihnen die Sicherheitsleiſtung ausdrücklich zur Pflicht gemacht hätten [8]).

4. Ferner iſt frei von der Leiſtung der Caution der Fiscus [9]).

5. Endlich fällt die Caution weg bei dem **Legatum liberationis** [10]).

§. 1050.

b. Von den Klagen des Legatars.

Juſtinian in der **L. 1. C.** communia de legat. et fideicommiss. VI, 43. ſagt:

> »Rectius . . esse censemus . . . . . . omnibus . . tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere, et non solum personalem actionem praestare, sed et in rem, quatenus eis li-

5) **L. 5. §. 16. D.** eod. cit. L. 6. C. h. t.

6) L. ult. pr. D. h. t. L. 2. C. h. t.

7) L. 6. §. 1. C. ad SCtum Trebell. VI, 49. (Zeno.) A. 489. Nov. XXII. c. 41. — Nach dem Recht zur Zeit der claſſiſchen Juriſten fiel die Caution nur dann weg, wenn der Legatar in des Belaſteten väterlicher Gewalt war. Das emancipirte Kind konnte von dem Vater Sicherheitsleiſtung fordern, aber es war nicht nöthig, daß der Vater Bürgen ſtellte; er konnte durch Pfänder Sicherheit leiſten. L. 7. D. h. t. (Paulus.)

8) cit. L. 6. pr. et §. 1. C. ad SCtum Trebell. VI, 49.

9) L. 1. §. 18. D. h. t.

10) L. 1. §. 2. D. ut in poss. legator. etc. XXXVI, 4.

ceat, easdem res, sive per quodcunque genus legati, sive per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda, et insuper utilem Servianam i. e. hypothecariam super his quae fuerint derelicta, in res mortui praestare. «

Dieſemnach alſo ſollen bei Legaten dreierlei Klagen Statt finden:

1. eine Actio in rem zur Verfolgung des durch das Legat etwa bezweckten dinglichen Rechts;
2. eine Actio personalis;
3. die Actio hypothecaria.

Indeſſen, wenn ſchon Juſtinian ſich dabei ganz allgemein ausdrückt, ſo bringt doch die Natur der Sache es mit ſich, daß nicht bei jedem Legat alle dieſe drei Klagen vorkommen können; wie ſich bald zeigen wird. Ich will nämlich von jeder dieſer Klagen jetzt noch beſonders und im Einzelnen ſprechen:

1. Die personalis actio, welche man Actio ex testamento zu nennen pflegt, iſt diejenige Klage, womit der Legatar das obligatoriſche Recht, welches ihm gegen den Belaſteten zuſteht, geltend macht. Dieſe Klage nun kann allerdings auf jedes Legat Anwendung finden. Denn erſtens, das Legat kann von der Art ſein, daß es ſeiner Natur nach mehr nicht, als eine bloße Forderung hervorbringen kann. Oder zweitens, es iſt an und für ſich allerdings geeignet, dem Legatar unmittelbar ein dingliches Recht zu gewähren; dann hat nun aber doch der Legatar die Wahl, ob er dieſes dingliche Recht als bereits erworben betrachten, oder das Legat als ein ſolches behandeln will, welches ihm nur eine Forderung gibt gegen den Belaſteten. Und entſcheidet er ſich für dieſe letzte Anſicht, ſo wird er auch hier die personalis actio anſtellen müſſen. Ich weiſe auf §. 1048., wo von dieſem Wahlrecht die Rede geweſen iſt, und eben ſo von der Natur der Obligation überhaupt, auf welche unſere Klage ſich bezieht. Namentlich iſt dort von dem Gegenſtande der Forderung und ſomit implicite zugleich von dem Zweck der Klage gehandelt worden. Ich habe daher hier

nur noch dies Eine zu bemerken: Die Klage geht gelegentlich auf das Doppelte desjenigen, was eigentlich dem Legatar gebührt. Nach älterem Recht war dies alle Mal der Fall, wenn auf den Grund eines Legatum per damnationem relictum geklagt wurde, und der Erbe das Legat fälſchlich in Abrede ſtellte. Dann wuchs durch ſein bösliches Läugnen die Klage auf das Doppelte an [1]). Im Juſtinianiſchen Rechte gilt dies nicht mehr. Dagegen hat Juſtinian verordnet: Wer mit einem Vermächtniſſe zu Gunſten einer Kirche oder milden Stiftung belaſtet iſt, und es zur Klage kommen läßt, der muß alle Zeit, auch wenn er das Legat keinesweges abläugnet, das Doppelte leiſten [2]).

2. Die Hypothecaria actio iſt auch eine Klage, die bei jedem Legate vorkommen kann. Sie bezieht ſich auf das geſetzliche Pfandrecht der Legatare, wovon im §. 1047. die Rede geweſen iſt.

3. Von nicht ſo allgemeiner Anwendung iſt nun aber die In rem actio, deren Juſtinian in der vorhin angeführten Conſtitution noch außer der Hypothecaria actio gedenkt. Nämlich: was er von dieſer Klage ſagt, das bezieht ſich auf den Fall, da der Teſtator irgend ein dingliches Recht zum Gegenſtande des Legates gemacht hat; die In rem actio iſt aber die dieſem dinglichen Rechte entſprechende Klage — alſo, wenn das Legat auf das Eigenthum einer Sache gerichtet iſt, die Rei vindicatio, oder wenn es auf eine Servitut gerichtet iſt, die Confessoria actio u. ſ. w. Dieſe In rem actio kann nun aber begreiflicher Weiſe bei ſolchen Legaten, die überall gar nicht die Verleihung eines dinglichen Rechts zum Zweck haben, nicht Statt finden. Und auch da, wo das Legat auf ein dingliches Recht in der That abzweckt, wird doch das Recht zu dieſer In rem actio nur dann eine unmittelbare Folge des Legates ſein können, wenn das dingliche Recht ſelbſt, welches dadurch verfolgt

1) Gaj. II. §. 282. Vgl. §. ult. I. d. obl. quasi ex contr. III, 27. (28.)

2) L. 46. C. d. episcop. et cleric. I, 3. Dieſe Conſtitution des Codex iſt nun allerdings nicht gloſſirt, aber daſſelbe ſteht auch in §. 26. I. d. actionib. IV, 6.

werden ſoll, aus dem Legate unmittelbar hervorgeht; alſo z. B. nicht da, wo das Eigenthum an einer fremden Sache den Gegenſtand eines Legates ausmacht. Wo aber das Legat unmittelbar ein dingliches Recht gibt, da wird allerdings der Legatar dieſes nun auch ſofort mit der entſprechenden Klage gegen einen Jeden geltend machen können. Uebrigens wird die Natur der Klage dadurch, daß das Recht aus einem Legat gerade hervorgegangen iſt, durchaus nicht verändert.

§. 1051.

b. Von dem unter Collegataren ſtatt findenden Jus accrescendi.

COD. VI, 51. De caducis tollendis. — DIG. VII, 2. De usufructu accrescendo.

Wir haben zu ſeiner Zeit geſehen, daß es unter mehren Miterben ein Jus accrescendi gibt, gegründet auf geſetzliche Nothwendigkeit. Dagegen beruht das Jus accrescendi unter mehren Collegataren auf dem vermuthlichen Willen des Verſtorbenen. Ueberall nämlich, wo Mehren Ein und derſelbe Gegenſtand legirt iſt, und zwar dergeſtalt, daß nicht gleich von Haus aus Jedem nur ein Theil des Ganzen beſtimmt iſt, ſondern nur die wirkliche Concurrenz der mehren Legatare eine Theilung hervorbringen kann, da iſt es offenbar dem Willen des Verſtorbenen gemäß, daß der Ausfall des einen oder andern Legatars den Uebrigen zu Statten komme, daß der Theil, welchen der Ausfallende davon getragen hätte, den Antheilen der Uebrigen zuwachſe, und daß, wenn etwa gar nur Einer das Legat erwirbt, dieſer allein nun das Ganze erhalte. Ueberall alſo, wo Theile nur durch den Concurs hervorgebracht werden, da findet ein Jus accrescendi Statt — wo aber der Gegenſtand des Legats ſchon von Anfange getheilt iſt, da gibt es kein Jus accrescendi [1]).

1) §. 8. I. d. legat. II, 20. L. 1. §. 3. L. 3. pr. L. 11. D. d. usufr. accresc. VII, 2. L. 34. §. 9. D. d. legat. I. L. 20. D. d. legat. II. L. 80. D. d. legat. III. Wegen des älteren Rechts verweiſe ich auf Gaj. II. §. §. 199. 205. Ulp. XXIV. §. §. 12. 13.

Im Einzelnen iſt noch zu bemerken:

1. Sind unter den mehren Collegataren, unter denen das Jus accrescendi Statt findet, Einige dergeſtalt verbunden, daß ſie im Fall des Concurſes einen gemeinſchaftlichen Antheil erhalten, ſo muß der Ausfall des einen oder andern von dieſen vorzugsweiſe den auf die bezeichnete Weiſe näher mit ihm Verbundenen zu Statten kommen.

2. Nach der L. un. §. 11. C. d. caduc. toll. VI, 51. macht es bei dem Jus accrescendi einen Unterſchied, ob die Collegatare Re et verbis oder bloß Re conjuncti ſind. Nämlich ſind ſie Re et verbis conjuncti, ſo accreſcirt der vacante Antheil demjenigen, der ſeiner Seits das Legat erworben hat, nur, wenn er ihn will, dann aber auch mit allen darauf haftenden Verpflichtungen, alſo cum suo onere. Will er ihn nicht, ſo verbleibt er dem Belaſteten. Sind dagegen die Verbundenen bloß Re conjuncti, ſind ſie Verbis disjuncti, ſo erweiſ't ſich das Anwachſungsrecht ſchlechthin wirkſam — aber ohne daß auf denjenigen, zu deſſen Gunſten dies geſchieht, die auf dem vacanten Antheile haftenden Laſten übergingen. Alſo das Jus accrescendi findet hier sine onere Statt. Vgl. §. 1026.

3. Iſt dem Ausfallenden Jemand ſubſtituirt, ſo geht dieſer den Collegataren vor. Die Subſtitution ſchließt das Jus accrescendi aus.

4. Der Ususfructus legatus hat in Beziehung auf das Jus accrescendi manches Eigenthümliche:

a. Der Antheil meines Collegatars accreſcirt mir hier nicht nur dann, wenn der Collegatar überall gar nicht concurrirt, ſondern auch, wenn er, nachdem er ſeinen Antheil wirklich bereits erworben hat, dieſen in der Folge wiederum verliert. Sonſt iſt das bei dem Jus accrescendi nicht der Fall [2]).

b. Der Antheil des Ausfallenden kann ſelbſt demjenigen zu Gute kommen, der ſeinen eigenen Antheil verloren hat, was wiederum außerdem nicht der Fall iſt. Z. B. A. und B. iſt der Ususfructus an derſelben Sache legirt: A. verliert ſeinen

2) cit. L. 1. §. 3. D. d. usufr. accresc. VII, 2.

Antheil; B. ſtirbt. Jetzt kann A. auf den Antheil des B. Anſpruch machen [3]).

B. Von den Verpflichtungen des Legatars. (§. §. 1052 — 1054.)

§. 1052.

a. Im Allgemeinen.

Dahin gehört

1. die Verpflichtung, dem Onerirten die Koſten zu erſetzen, welche dieſer auf den Gegenſtand des Legates verwandt hat; mit Ausnahme des zur Erhaltung der Sache nothwendigen gewöhnlichen Aufwandes [1]).

2. Der Legatar muß ſich Verkürzung des Legates gefallen laſſen, inwieweit die Lex Falcidia eine ſolche Verkürzung nothwendig macht. Davon iſt früher ſchon ausführlich gehandelt worden, §. §. 1030 — 1042.

3. Hat der Legatar ſich ungehöriger Weiſe in den Beſitz des legirten Gegenſtandes geſetzt, ſo iſt er zur Reſtitution verpflichtet. Davon §. 1053.

4. Der Legatar kann in mehr als einer Beziehung angehalten werden, Sicherheit zu leiſten. Davon §. 1054.

b. Insbeſondere: (§. §. 1053. 1054.)

§. 1053.

α. Von der Verpflichtung des Legatars zur Reſtitution des legirten Gegenſtandes im Fall ungehöriger Beſitzergreifung.

† DIG. XLIII, 3. Quod legatorum. — † COD. VIII, 3. Quorum legatorum.

Der Legatar ſoll den Beſitz der ihm legirten Sache nicht eigenmächtig, ohne des Erben Willen, ergreifen. Hat er dies

3) L. 10. D. eod. Vgl. Keller, Ueber Litisconteſtation und Urtheil. S. 177—179. — L. 33. §. 1. D. d. usufr. VII, 1. Vgl. Keller a. a. O. S. 278—280.

1) L. 58. — L. 61. D. d. legat. I.

gethan und zwar noch ehe der Erbe ſelbſt im Beſitz war, ſo ſteht dieſem ein eigenes Interdictum adipiscendae possessionis zu Gebote, nämlich das Interdictum quod legatorum [1]. Zuſtimmung des Erben, auch wenn ſie erſt hinterdrein erfolgt, ſchließt das Interdict aus: nicht aber Einwilligung vor erworbener Erbſchaft [2].

Kläger iſt der Erbe, der prätoriſche ſowohl, als der civile; auch der Erbe des Erben [3]. Sind der Erben mehre, und Einige haben eingewilligt, Andere nicht, ſo können zwar nicht jene, wohl aber dieſe das Interdict anſtellen [4]. Das Intereſſe des Erben an Herausgabe der Sache kann von mehr als Einer Art ſein, unter Andern kann es auf der Lex Falcidia beruhen. Vgl. §. 1037.

Was die Perſon des Beklagten betrifft, ſo kann das Interdict angeſtellt werden

1. gegen den Legatar ſelbſt, welcher ſich eigenmächtig in den Beſitz geſetzt hat, ſei es nun, daß er noch jetzt beſitze, oder daß er dolo zu beſitzen aufgehört habe [5].

2. Gegen die Succeſſoren des Legatars oder Fideicommiſſars, und zwar nicht bloß gegen die univerſellen, ſondern auch gegen den ſingulären Succeſſor [6].

3. Auch gegen einen Miterben kann das Interdict angeſtellt werden, inwieweit dieſer Legatar iſt [7].

4. Das Interdict wird auch gegen den gegeben, der Legatorum servandorum causa Immiſſion erhalten hat, ſobald die geforderte Sicherheit geleiſtet iſt, und er nun doch nicht weichen will [8].

5. Gegen Mortis causa donatarii geht das Interdict nicht [9].

Mit dem Zwecke und den Wirkungen des Interdicts verhält es ſich ſo: Der Kläger verlangt zunächſt die Auslieferung

1) L. 1. pr. et §. 2. D. h. t.
2) L. 1. §. §. 11. 12. D. h. t.
3) L. 1. §. 3. D. h. t.
4) L. 1. §. 15. D. h. t.
5) L. 1. §. 7. D. h. t. L. un. C. h. t.
6) L. 1. §. §. 10. 13. D. h. t.
7) L. 1. §. 6. D. h. t.
8) L. 1. §. 9. D. h. t.
9) L. 1. §. 5. D. h. t.

Digitized by Google

der in Beſitz genomenen Gegenſtände [10]. **In subsidium** wird der Beklagte in das Intereſſe verurtheilt [11].

Der Beklagte aber kann verlangen, daß ihm, ehe und bevor er leiſtet, wegen künftiger Berichtigung des Legates genügende Sicherheit beſtellt werde [12].

§. 1054.

β. Von der Verpflichtung des Legatars zur Sicherheitsleiſtung.

DIG. XXXV, 3. Si cui plus, quam per Legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur.

Der Legatar kann zur Sicherheitsleiſtung in mehr als Einer Beziehung angehalten werden. Dahin gehört:

1. Wenn er bei einem bedingten Legate noch **pendente conditione** auf den Genuß des Legats Anſpruch macht, da tritt dann die **Muciana cautio** ein. S. §. 820.

2. Iſt dem Legatar das Eigenthum einer Sache nur **ad tempus** legirt, ſo muß er wegen dereinſtiger Reſtitution der Sache Sicherheit leiſten dafür, daß er **post transactum tempus** die Sache ohne verſchuldete Deterioration reſtituiren werde [1]. Vgl. §. 807.

Der wichtigſte Fall aber iſt

3. der, da dem Legatar das Legat zu einer Zeit geleiſtet wird, wo es noch ungewiß iſt, ob nicht ein Abzug nothwendig ſein werde; ſei es nun wegen des im §. 1029. entwickelten Grundſatzes, daß Niemand mit einem Mehren belaſtet werden könne, als er empfangen hat [2], oder ſei es wegen der **Lex Falcidia**. In ſolchen Fällen kann von dem Legatar gefordert werden, daß er wegen künftiger Herausgabe des etwa zu viel Empfangenen Sicherheit leiſte — und das iſt denn diejenige Sicherheitsleiſtung, wovon früherhin ſchon bei mehr als einer Gelegenheit die Rede geweſen iſt [3].

10) cit. L. 1. §. 2. D. h. t.
11) L. 2. §. 2. D. h. t.
12) L. 1. §. §. 16—18. L. 2. §. 1. D. h. t.

1) L. ult. C. d. legat. VI, 37.
2) Siehe L. 1. §. 12. D. si cui plus, quam per Leg. Falcid. etc. XXXV, 3.
3) Hierauf insbeſondere bezieht ſich der oben angeführte Tit. Dig. XXXV, 3.

Im Einzelnen iſt über dieſe Art der Sicherheitsleiſtung noch Folgendes zu bemerken:

1. Sicherheit zu fordern iſt jeder Belaſtete befugt, nicht bloß der Erbe. Es kommt immer nur an auf die Möglichkeit eines Abzuges, und daß dieſer ungewiß ſei [4]).

2. Der Legatar muß durch Bürgen Sicherheit ſtellen [5]).

3. Die Sicherheitsleiſtung fällt ausnahmsweiſe weg bei dem Legate unbedeutender Alimente [6]). Desgleichen wenn der Fiscus Legatar iſt [7]).

4. Der Zweck der Sicherheitsleiſtung iſt nicht der, dem Onerirten ein Recht der Rückforderung zu geben, denn er würde es auch ohne das haben, ſondern der Zweck beſteht nur darin, ihn wegen etwaiger künftiger Inſolvenz des Legatars durch die Bürgen, welche dieſer gibt, ſicher zu ſtellen. Daher ſagt Ulpian in der L. 1. §. 9. D. tit. cit.:

> »Haec stipulatio ideo locum habet, quia, etsi repeti potest id, quod solutum est, tamen fieri potest, ut non sit solvendo is, cui solutum est, ac per hoc pereat, quod datum est.«

V. Von dem Verluſte eines Legates.
(§. §. 1055—1058.)

§. 1055.

A. Im Allgemeinen.

Von einem Verluſte kann da natürlicher Weiſe nicht die Rede ſein, wo das Legat gleich von Anfang her nichtig iſt, gleich von Anfang alſo als gar nicht vorhanden, gar nicht angeordnet angeſehen werden muß. Hier läßt ſich zwar von Ungültigkeit ſprechen, nicht aber von Verluſt. Verluſt kann eigentlich nur inſofern Statt finden, als das Recht aus dem Legate wirklich bereits erworben iſt. Eigentlich verlieren kann ich nur, was ich ſchon habe.

4) L. 1. pr. et §. 13. D. tit. cit.
5) cit. L. 1. pr. L. 3. §. 1. D. eod.
6) L. 3. §. 4. D. eod.
7) L. 3. §. 5. D. eod.

Digitized by Google

Nun aber gibt es bei Legaten, wie wir geſehen haben, der Regel nach, einen zwiefachen Erwerb, einen *vorläufigen* und einen *wirklichen*, eigentlichen Erwerb, und ſo wird denn hier auf beiderlei Erwerb Rückſicht zu nehmen ſein.

Denken wir uns *zuerſt* den Fall eines nur *vorläufig* erworbenen Legates. Da kann noch manches Hinderniß eintreten, wodurch der eigentliche Erwerb unmöglich gemacht wird. Nämlich:

1. Noch jetzt kann die letzte Willenserklärung, worin das Legat enthalten iſt, im Ganzen unwirkſam werden; z. B. die teſtamentariſchen Erben können insgeſammt die Erbſchaft ausſchlagen.

2. Es kann der beſonders Onerirte ausfallen, ohne daß ein Anderer, auf welchen die Laſt des Legates überginge, an deſſen Stelle tritt.

3. Der Legatar kann zu der Zeit, da der wirkliche Erwerb vor ſich gehen ſoll, unfähig dazu ſein.

4. Es kann in der Zwiſchenzeit zwiſchen dem vorläufigen Erwerbe und dem Zeitpunkte des eigentlichen Erwerbes der Gegenſtand des Legates, ohne Verſchulden des Onerirten, untergehen.

Nun wollen wir uns

zweitens den Fall denken, daß das Legat wirklich bereits und im eigentlichen Sinne *erworben* iſt. Hier kann der Legatar *freiwillig* das Legat aufgeben durch Repudiation. Davon §. 1056. Aber es iſt auch ein *unfreiwilliger* Verluſt möglich. Noch jetzt kann das Teſtament, in welchem das Legat angeordnet iſt, ſeine Gültigkeit verlieren, indem es mit der **Inofficiosi querela** umgeſtoßen wird.

Endlich *drittens* — es ſei das Legat nur vorläufig erſt, oder auch vollſtändig bereits erworben, in einem, wie in dem andern Falle kann es geſchehen, daß das Legat dem Legatar ſeiner *Unwürdigkeit halber* entzogen wird, in welchem Falle das Legat **ereptitium** genannt wird. Von einem ſolchen Verluſte wegen Unwürdigkeit iſt auch ſchon bei der Erbſchaft die Rede geweſen. §. § 976—78. Und viele der dort erwähnten Fälle gehören ganz auf gleiche Weiſe auch hieher; aber in manchen

Punkten iſt doch das Recht der Legate in dieſer Materie abweichend von dem Rechte der Erbſchaften. Daher wird es nöthig ſein, die Fälle, in denen der Legatar ſeiner Unwürdigkeit halber das Legat verliert, in den §. §. 1057. und 1058. einzeln anzugeben. Bei den gemeinſchaftlichen Fällen werde ich mich jedoch ganz kurz faſſen, und auf das in der Lehre von der Erbſchaft Vorgetragene verweiſen.

B. Insbeſondere: (§. §. 1056 — 1058.)

§. 1056.

A. Von dem Verluſte durch Repudiation.

Unter der Repudiation eines Legates verſteht man die Erklärung des Legatars, das Legat nicht haben zu wollen. Die Repudiation ſetzt aber den wirklichen Erwerb voraus: früher iſt ſie ohne alle Wirkung [1]). Ferner: Ein und daſſelbe Legat zum Theil anzunehmen, zum Theil aber auszuſchlagen iſt unzuläſſig [2]). Stirbt jedoch der Legatar mit Hinterlaſſung mehrer Erben, ſo iſt es allerdings geſtattet, daß der eine Erbe ſeinen Antheil an dem Legate ausſchlage, ein anderer aber den ſeinigen annehme [3]). Und ferner iſt vollkommen zuläſſig, daß derjenige, welchem mehre Legate hinterlaſſen ſind, das eine Legat ausſchlage, während er das andere annimmt [4]).

Die Wirkung der Repudiation beſteht darin: Die aus dem Legate hervorgehende obligatoriſche Verpflichtung des Belaſteten wird dadurch aufgehoben, jedoch nicht ipso jure, ſondern nur ope exceptionis [5]). Iſt dagegen dem Legatar durch das Legat unmittelbar ein dingliches Recht erworben, ſo wird dieſes in der Perſon des Legatars durch die Repudiation ipso jure

1) Daher ſagt Pomponius in L. 45. §. 1. D. d. legat. II. »Si sub conditione vel ex die certa nobis legatum sit, ante conditionem vel diem certum repudiare non possumus; nam nec pertinet ad nos ante, quam dies veniat, vel conditio existat.« Was Pomponius hier von dem ex die certa hinterlaſſenen Legat ſagt, iſt auf den Fall zu beziehen, da das Legat unmittelbar ein dingliches Recht verleihen ſoll. S. §. 1045.

2) L. 38. pr. D. d. legat. I. L. 4. D. d. legat. II.

3) cit. L. 38. pr. D. d. legat. I.

4) L. 5. pr. D. d. legat. II.

5) L. 26. C. d. fideicommiss. VI, 42.

aufgehoben, und zwar mit rückwirkender Kraft, dergeſtalt, daß es nunmehr angeſehen wird, als wäre es dem Legatar nie und zu keiner Zeit erworben geweſen [6]). Vgl. §. 1043.

B. Von dem Verluſte wegen Unwürdigkeit. (§. §. 1057. 1058.)

† DIG. XXXIV, 9. De his, quae ut indignis auferuntur.

§. 1057.

a. An den Fiscus.

Wie in der Lehre von der Erbſchaft, werde ich mich auf das Angeben der wichtigeren Fälle beſchränken. Am kürzeſten kann ich mich hier faſſen. Denn Alles, was ich im §. 977. unter den Nummern 1. 2. 3. 4. 6. über den Verluſt der Erbſchaft wegen Unwürdigkeit geſagt habe, das findet analoger Weiſe Anwendung auch auf die Legate. Namentlich büßt auch der Legatar das ihm ausgeſetzte Legat ein, wenn er das Teſtament, worin daſſelbe angeordnet iſt, als verfälſcht anficht und den Prozeß verliert. Indeſſen tritt dabei doch die Modification ein: Hat der Legatar nicht das ganze Teſtament, ſondern nur die Inſtitution eines einzelnen Erben als verfälſcht angefochten, ſo wird er nur desjenigen für unwürdig gehalten, was ihm auf Koſten dieſes Einzelnen gerade hinterlaſſen iſt [1]).

§. 1058.

b. An andere Perſonen.

Hier verdient vornämlich Folgendes angeführt zu werden:

1. Wenn Jemand im Teſtamente zum Vormunde ernannt, und in Bezug darauf mit einem Vermächtniſſe honorirt iſt, ſo verliert er dieſes, wenn er die Vormundſchaft ablehnt, zum Vortheil des Mündels [1]).

2. Wenn derjenige, welchem der Teſtator die Sorge für die Beerdigung übertragen und dafür ein Vermächtniß ausgeſetzt

6) L. 38. §. 1. L. 44. §. 1. L. 86. §. 2. D. d. legat. I. L. 8. D. d. R. C. XII, 1.

1) L. 4. D. h. t.

1) L. 5. §. 2. D. h. t.

hat, den Auftrag nicht ausführt, ſo verliert er das Vermächtniß zum Vortheil des Belaſteten [2]).

3. Derſelbe Erfolg tritt ein, wenn der Legatar das Teſtament des Verſtorbenen argliſtiger Weiſe verbirgt [3]).

VI. Von den Eigenthümlichkeiten eines Fideicommiſſes der Erbſchaft. (§. §. 1059—1072.)

† INST. II, 23. De fideicommissariis hereditatibus. — † DIG. XXXVI, 1. † COD. VI, 49. Ad SCtum Trebellianum.

§. 1059.

A. Von der Errichtung eines Fideicommiſſes der Erbſchaft.

Etwas Beſonderes in Beziehung auf die Errichtung eines Fideicommiſſes der Erbſchaft findet nur Statt in Anſehung der zu belaſtenden Perſonen. Nämlich, das Charakteriſtiſche eines Fideicommiſſes der Erbſchaft beſteht darin, daß der Belaſtete die Erbſchaft des Verſtorbenen oder wenigſtens einen aliquoten Theil derſelben herausgeben ſoll. Daraus folgt aber ganz von ſelbſt, daß mit einem Fideicommiß der Erbſchaft derjenige nicht belaſtet werden kann, der ſelbſt nur Einzelnes erhält. Wohl aber

1. der Erbe [1]).

2. Derjenige, an welchen die Erbſchaft herausgegeben werden ſoll: Der Teſtator nämlich kann dieſem aufgeben, die Erbſchaft weiter an einen Dritten zu reſtituiren [2]).

Der erſte Fall indeſſen iſt immer der Hauptfall; der zweite kann ohne den erſten gar nicht vorkommen. Und daher wollen wir denn fortan jenen erſten Fall vorzugsweiſe ins Auge faſſen.

Noch habe ich Einiges über den Sprachgebrauch zu bemerken, was am Beſten gleich hier ſeine Stelle findet: Bei einem Fideicommiß der Erbſchaft nennen wenigſtens die Neueren den

2) L. 12. §. 4. D. d. religios. etc. XI, 7.
3) L. 25. C. d. legat. VI, 37.

1) §. §. 2. 10. I. h. t.
2) §. 11. I. h. t.

Fideicommiſſar: **Heres fideicommissarius**, fideicommiſſariſcher Erbe, Fideicommiß-Erbe. Und im Gegenſatz gegen einen ſolchen fideicommiſſariſchen Erben nennen ſie den, welcher unmittelbar ohne das Medium eines Fideicommiſſes zur Erbſchaft gelangt, **Heres directus**, directer Erbe. Iſt der directe Erbe mit einem Fideicommiß der Erbſchaft belaſtet, ſo heißt er, in Bezug darauf, und zwar in den Quellen ſelbſt, **Fiduciarius heres**. Auch die Erbſchaft, welche den Gegenſtand eines Fideicommiſſes ausmacht, wird in den Quellen **fiduciaria**, desgleichen **fideicommissaria hereditas** genannt. Im Deutſchen ſagt man Fideicommiß-Erbſchaft.

B. Von den Wirkungen deſſelben. (§. §. 1060—1072.)

§. 1060.

A. Vorerinnerung.

Der Fideicommiſſar erhält durch das Fideicommiß durchaus kein unmittelbares Recht auf die Erbſchaft, ſondern nur eine Forderung gegen den Belaſteten, vermittelſt deren er von dieſem Herausgabe, Reſtitution, der Erbſchaft verlangen kann. In dieſer Forderung beſteht die unmittelbare Wirkung des Fideicommiſſes. Die rechtlichen Folgen, welche eintreten, wenn dieſer Forderung Genüge geſchieht — das ſind die mittelbaren Wirkungen des Fideicommiſſes. Von beiden nun ſoll zuerſt im Allgemeinen gehandelt werden. §. §. 1061—1065. Sodann aber ſollen einzelne Punkte noch beſonders erörtert werden. §. §. 1066—1072.

Was nun aber das Allgemeine betrifft, ſo beruht die Theorie des Juſtinianiſchen Rechts in Hinſicht dieſes Gegenſtandes großen Theils auf den Principien des früheren Rechts, die im Juſtinianiſchen nur auf eine eigenthümliche Weiſe modificirt ſind. Daher müſſen wir ausgehen von den Grundſätzen des vorjuſtinianiſchen Rechts.

B. Von der dem Fiduciar obliegenden Verpflichtung zur Reſtitution und den rechtlichen Folgen dieſer letzteren im Allgemeinen. (§. §. 1061 — 1065.)

a. Nach Grundſätzen des vorjuſtinianiſchen Rechtes. (§. §. 1061 — 1064.)

§. 1061.

α. Aelteſtes Recht.

In Beziehung auf das älteſte Recht finden ſich bei Gajus [1]) folgende Nachrichten: Ehemals ward derjenige, an welchen man die Erbſchaft reſtituirte, nach Art eines Käufers der Erbſchaft behandelt; denn es war gewöhnlich, daß der Erbe dem Fideicommiſſar die Erbſchaft zum Schein verkaufte. Und dabei gingen denn beide Theile diejenigen Stipulationen mit einander ein, welche üblich waren bei dem wirklichen und ernſtlich gemeinten Verkaufe einer Erbſchaft; und welche darauf abzweckten, daß dem Verkäufer die Nachtheile der Erbſchaft abgenommen, dem Käufer aber die Vortheile derſelben geſichert würden.

Das iſt es, was Gajus über das älteſte Recht berichtet. Was er über das Recht ſeiner Zeit ſagt, das beruht theils auf dem Senatusconsultum Trebellianum, theils auf dem Senatusconsultum Pegasianum. Zuerſt nun von jedem dieſer Senatusconſulte für ſich; dann von dem aus der Coexiſtenz beider ſich ergebenden Reſultate.

§. 1062.

β. Senatusconsultum Trebellianum.

Das SCtum Trebellianum iſt aus der Zeit des Nero, nach Chr. 62. [1]). In Gemäßheit dieſes Senatusconſultes ward

1) Gaj. II. §. 252.

1) L. 1. §. 1. D. h. t. Die eigenen Worte deſſelben ſind uns erhalten in L. 1 §. 2 D. h. t. »Cujus verba haec sunt: Quum esset aequissimum, in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis judicia penderent, ex his eos subire, in quos jus fructusque transferretur, potius, quam cuiquam periculosam esse fidem suam, placuit et actiones, quae in heredes, heredibusque dari solent, ea-

es, nach erfolgter Reſtitution der Erbſchaft — wobei ich vorläufig bemerke, daß zur Reſtitution ſchon die bloße Erklärung hinreicht, daß man reſtituire — ſo gehalten: Der Strenge nach betrachtete man fortwährend den Fiduciar, und zwar ihn allein, als eigentlichen Erben; aber dieſes Erbeſein war ohne reellen praktiſchen Erfolg; cum effectu konnte der Fiduciar in Bezug auf die Erbſchaft weder klagen, noch verklagt werden. Dagegen war der Fideicommiſſar, wenn ſchon nicht eigentlicher Erbe, ſo doch **heredis loco**. Er konnte mit Erfolg die hereditariae actiones anſtellen, und eben ſo auch, gleich als ob er Erbe wäre, belangt werden, zwar nicht direct, aber doch utiliter.

Dieſes eben bezeichnete Verhältniß bezog ſich auf die ganze Erbſchaft, wenn die Erbſchaft im Ganzen reſtituirt war. Hatte aber der Erbe nur einen Theil der Erbſchaft zu reſtituiren gehabt, ſo galt es für dieſen Theil. Nämlich für den an den Fideicommiſſar reſtituirten Theil der Erbſchaft hatte dieſer die Klagen, und es wurde gegen ihn geklagt; für den zurückbehaltenen Theil der Erbſchaft aber war es der Fiduciar, welcher klagte und belangt wurde: Der Fiduciar und der Fideicommiſſar wurden hier nach der Analogie von Miterben behandelt.

Seit dem SCtum Trebellianum bedurfte es nun alſo keines weiteren ſcheinbaren Verkaufs der Erbſchaft [2]).

§. 1063.

7. Senatusconsultum Pegasianum.

Die Lex Falcidia bezog ſich nur auf Legate. Daher geſchah es häufig, daß der Erbe, dem zugemuthet wurde, die ganze Erbſchaft oder doch den bei weitem größten Theil derſelben zu reſtituiren, die Erbſchaft ausſchlug, und dadurch das Fideicommiß ganz und gar unwirkſam machte. Dieſer Umſtand ver-

neque in eos, neque his dari, qui fidei suae commissum, siculi rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates.«

2) Gaj. II. §. 253. Ulp. XXV. §. 14. §. 4. I. h. t.

anlaßte zu den Zeiten des Veſpaſianus das Senatusconsultum Pegasianum. Hierin ward zweierlei feſtgeſetzt:

1. Die Lex Falcidia ſoll auch bei Fideicommiſſen gelten — eine Beſtimmung, die ſich auf Fideicommiſſe überhaupt bezog, uns hier aber nur in ihrer Anwendung auf univerſelle Fideicommiſſe intereſſirt.

Alſo, nunmehr konnte der Fiduciarius heres, wenn er mehr als 3/4 der ihm zu Theil gewordenen Erbſchaft reſtituiren ſollte, dem Fideicommiſſar ſo viel in Abzug bringen, als nöthig war, damit er, der Fiduciar, die Quart frei hätte.

Aber wenn er dies that, ſo fand das SCtum Trebellianum keine Anwendung; nun gingen die Klagen nicht über auf den Fideicommiſſar, nun ward dieſer nicht nach der Analogie eines Erben behandelt: ſondern jetzt galt als Erbe ſchlechthin nur der Fiduciar. Er allein konnte gegen die Erbſchaftsſchuldner klagen, er allein von den Erbſchaftsgläubigern in Anſpruch genommen werden. Der Fideicommiſſar ward gleich einem Legatar behandelt, und zwar gleich einem Legatarius partiarius. S. §. 1019. Deshalb wurden denn nun auch zwiſchen dem Fiduciar und dem Fideicommiſſar jene Stipulationes partis et pro parte eingegangen, von welchen in dem angeführten Paragraphen die Rede geweſen iſt.

2. Wenn der Fiduciarius heres die Antretung der Erbſchaft verweigert, ſo ſoll er auf Verlangen des Fideicommiſſars von dem Prätor dazu gezwungen werden. Und zwar ſoll er in dieſem Falle allemal die ganze Erbſchaft reſtituiren; der Fideicommiſſar aber ſoll heredis loco ſein, alle Klagen ſollen auf ihn übergehen, wie das Senatusconsultum Trebellianum es mit ſich bringt [1]).

§. 1064.

δ. Reſultat.

Nachdem wir nunmehr jene beiden Senatusconſulte, jedes für ſich kennen gelernt haben, kommt es jetzt darauf an, uns

1) Vergl. zu dieſer Darſtellung XXV. §. §. 15. 16. §. §. 5. 6. Gaj. II. §. §. 254. 258. Ulp. I. h. t.

eine Vorſtellung zu machen von dem aus der Coexiſtenz beider ſich ergebenden praktiſchen Reſultate.:

Dabei ſind zwei Hauptfälle zu unterſcheiden — der Fall der freiwilligen, und der der erzwungenen Antretung.

Bei freiwilliger Antretung von Seiten des Erben kam es darauf an, ob der Erbe die Quart frei hatte, oder nicht: Im erſten Falle richtete ſich der Erfolg der Reſtitution nach den Beſtimmungen des SCtum Trebellianum: die hereditariae actiones waren zwiſchen dem Erben und dem Fideicommiſſar verhältnißmäßig getheilt. Im zweiten Falle, alſo wenn der Erbe die Quart nicht frei hatte, kam das SCtum Pegasianum zur Anwendung; der erfolgten Reſtitution ungeachtet konnte nur der Erbe klagen, nur er belangt werden; ja, was beſonders bemerkenswerth iſt, es war dies ſelbſt dann der Fall, wenn der Fiduciar von ſeinem Rechte, die Quart zurückzubehalten, keinen Gebrauch gemacht hatte — wofern er nicht etwa, bei vollſtändiger Reſtitution, eigens und beſonders erklärt hatte, daß er in Gemäßheit des SCtum Trebellianum reſtituire.

Verweigerte dagegen der Erbe die Antretung, ſo kam abermals das SCtum Pegasianum zur Anwendung; dieſem zu Folge gingen aber hier, im Fall erzwungener Antretung, die Actiones hereditariae auf den Fideicommiſſar über [1]).

§. 1065.

b. Nach Grundſätzen des Juſtinianiſchen Rechtes.

Im §. 7. I. h. t. hat Juſtinian Folgendes verordnet: Der Name des SCtum Pegasianum ſoll nicht weiter gebraucht werden. Es ſoll nur noch von dem SCtum Trebellianum die Rede ſein. Auch dasjenige, was von dem SCtum Pegasianum beibehalten wird, ſoll angeſehen werden, als wäre es im SCtum Trebellianum enthalten. Es ſoll aber beibehalten werden

1. dasjenige, was in dem SCtum Pegasianum in Betreff des Zwanges zur Antretung der Erbſchaft, und des Erfolgs einer ſolchen erzwungenen Antretung feſtgeſetzt iſt.

1) Dies Reſultat ergibt ſich aus der Verbindung von Gaj. II. §. §. 255—258. Paul. IV, 3. §. 2. §. 6. I. h. t. L. 45. D. h. t. L. 20. D. quae in fraud. creditor. XLII, 8.

2. das Recht des Fiduciars, im Fall freiwilliger Antretung die Quart in Anſpruch zu nehmen. Dagegen ſoll jetzt der Fideicommiſſar niemals als Legatar oder als Käufer der Erbſchaft betrachtet werden. Vielmehr ſoll er durchaus und unter allen Umſtänden nach der Analogie eines Erben behandelt werden, wie das SCtum Trebellianum es mit ſich bringt. Wird ihm die ganze Erbſchaft reſtituirt, ſo ſollen alle Klagen für voll von ihm und gegen ihn angeſtellt werden können; wird ihm nur ein Theil der Erbſchaft reſtituirt, ſo ſoll die Klage zwiſchen ihm und dem Fiduciar verhältnißmäßig getheilt ſein.

Dies iſt es, was Juſtinian in dem gedachten Paragraphen der Inſtitutionen anordnet. Die Stelle gehört zu den Loci unici der Inſtitutionen, d. h. es findet ſich in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern keine andere Stelle, in welcher dasſelbe geſagt würde.

Ehe ich nun aber weiter gehe, muß ich erſt noch eines Falls gedenken, der ſowohl nach vorjuſtinianiſchem, als nach Juſtinianiſchem Rechte auf eine ganz eigenthümliche Weiſe behandelt wird. Das iſt der Fall, da der Teſtator dem Erben aufgegeben hat, die Erbſchaft mit Zurückbehaltung irgend einer einzelnen Species, oder auch mehrer einzelner Sachen, oder auch einer beſtimmten Summe zu reſtituiren. Hier betrachtet man den Fiduciar gleich einem bloßen Legatar. Die Klagen gehen insgeſammt und ihrem ganzen Betrage nach auf den Fideicommiſſar über, wie dies geſchehen würde, wenn die ganze Erbſchaft, ohne allen Abzug reſtituirt würde. Und zwar tritt dieſer Erfolg ſelbſt dann ein, wenn dasjenige, was der Fiduciar zurückbehalten ſoll, ſeinem Werthe nach die Quart weit überſteigt, oder wohl gar den größten Theil der Erbſchaft hinwegnimmt. Hiernach iſt denn ein weſentlicher Unterſchied zwiſchen unſerem gegenwärtigen Falle und dem, da der Teſtator verordnet hat, der Fiduciar ſolle die Erbſchaft mit Zurückbehaltung der Quart, oder auch einer noch größeren Quote der Erbſchaft reſtituiren. Dieſer letzte Fall iſt ganz in der Regel; da ſind die Klagen zwiſchen dem Fiduciar und dem Fideicommiſſar verhältnißmäßig getheilt;

während, wie ſchon geſagt, in unſerem gegenwärtigen Falle die Klagen alle ungetheilt auf den Fideicommiſſar übergehen [1]).

Uebrigens: Obſchon in unſerem Falle der Fiduciar den Gläubigern des Verſtorbenen nicht haftet, ſo kann er unter Einer Vorausſetzung doch von den Legataren in Anſpruch genommen werden, dann nämlich, wenn der Betrag ihrer Legate den Betrag desjenigen, was der Fideicommiſſar erhält, überſteigt. Hier dürfen ſie ſich des Ueberſchuſſes halber an den Fiduciar halten [2]).

C. Insbeſondere: (§. §. 1066 — 1072.)

§. 1066.

a. Von dem gegen den Fiduciar Statt findenden Zwange zur Antretung der Erbſchaft.

Der Zwang findet Statt auch gegen den Inteſtaterben, ungeachtet das SCtum Pegasianum ausdrücklich nur von dem teſtamentariſchen Erben ſprach [1]). Ferner kann auch der Heres ex parte gezwungen werden [2]).

Iſt der Erbe unter einer Bedingung inſtituirt, ſo kann er möglicher Weiſe ſogar zur Erfüllung dieſer Bedingung, und demnächſt zur Antretung der Erbſchaft angehalten werden. Dabei verſteht es ſich indeſſen von ſelbſt, daß dies nur auf poteſtative Bedingungen Anwendung findet; und auch auf dieſe nur, wenn ſie ohne Schwierigkeit erfüllt werden können. Kommt es dabei auf ein Geben an, ſo muß der Fideicommiſſar das zu Gebende offeriren, und dadurch den Fiduciar in den Stand ſetzen, ohne eigenen Nachtheil die Bedingung zu erfüllen [3]).

Noch muß ich bemerken: Der Zwang zur Antretung wird ſelbſt durch vorangegangene Repudiation nicht ausgeſchloſſen [4]).

Aber wie ſteht es um die Wirkungen einer erzwungenen Antretung?

1) Für das Juſtinianiſche Recht ſiehe §. 9. I. h. t. Daß es aber auch ſchon nach vorjuſtinianiſchem Rechte ſo war, beweiſen L. 1. §. §. 17. 21. L. 30. §. 3. D. h. t.

2) cit. L. 1. §. 17. D. h. t.

1) L. 6. §. 1. D. h. t.

2) Wie ſich ergibt aus L. 43. D. h. t.

3) L. 31. §. 2. L. 63. §. §. 7. 8. D. h. t.

4) L. 14. §. 1. D. h. t. ».... si justae causae allegentur.«

Auch demjenigen, der gezwungen angetreten hat, kommt dasjenige zu Gute, was, nach der Beſtimmung des Teſtators dem Erben **Conditionis implendae causa** gegeben werden ſoll [5]). Eben ſo darf er ſich die Vortheile, namentlich die Früchte, aneignen, welche die Erbſchaft in der Zwiſchenzeit zwiſchen der Antretung und dem Moment der vorzunehmenden Reſtitution gewähren mag [6]). Alle übrigen Vortheile aber, welche die freiwillige Antretung der Erbſchaft ihm verſchafft haben würde, gehen ihm verloren [7]). Hätte er bei freiwilliger Antretung nach Vorſchrift des Teſtators nur einen Theil der Erbſchaft zu reſtituiren gehabt, ſo muß er ſie jetzt ganz reſtituiren [8]). Eben ſo entgeht ihm der Vortheil des **Jus accrescendi** [9]). Auch verſteht es ſich, daß er keinen Anſpruch machen kann auf die Quart [10]).

Auf der andern Seite darf nun aber auch die erzwungene Antretung der Erbſchaft dem Fiduciar keinen Nachtheil bringen [11]). Alle diejenigen, die bei freiwilliger Antretung ihn hätten in Anſpruch nehmen können, die Gläubiger des Verſtorbenen, die an ihn, den Fiduciar, gewieſenen Legatare, dieſe alle müſſen ſich jetzt an den Fideicommiſſar halten. Iſt dem Fiduciar ſelbſt unter der Bedingung, daß er nicht Erbe werden ſollte, ein Legat ausgeſetzt, ſo kann er, ehe ihm der Betrag dieſes Legates von dem Fideicommiſſar geleiſtet iſt, zur Antretung nicht gezwungen werden [12]).

5) L. 44. §. §. 4. 5. D. d. condit. et demonstr. XXXV, 1.

6) L. 27. §. 1. D. h. t.

7) L. 4. L. 27. §. 2. D. h. t. ›Qui suspectam sibi hereditatem dicit, nullum commodum ex testamento consequetur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset, aut non adiisset . . . . ‹ L. 55. §. 3. D. eod. › . . . . Adeo senatus nihil apud eum ex ea parte, quam dereliquit, voluit relinquere, ut nec Falcidiam exercere possit, nec praeceptio apud eum relinquatur, nec substitutio quoque secundarum tabularum ita facta: ›quisquis mihi heres erit, filio meo heres esto‹, eidem detur.‹ §. 7. I. h. t.

8) L. 16. §. 4. D. h. t.

9) cit. L. 43. D. h. t.

10) cit. L. 4. cit. L. 55. §. 3. D. h. t.

11) §. 7. I. h. t. › . . . nullo nec damno, nec commodo apud heredem remanente.‹ Vgl. L. 73. §. 1. L. 59. pr. D. h. t. und hiezu Francke, Civiliſt. Abhandlungen. S. 86. folg.

12) L. 11. pr. D. h. t. ›. . . . . Sed et si quid aliud sua interesse dicet, non cogetur adire, nisi ei damnum vel lucrum a fideicommissario sarciatur, vel a Praetore onus remittatur, quod recusat.‹ L. 27. §. 15. D. eod.

Zuletzt muß ich noch in Beziehung auf das Verhältniß des Fideicommiſſars zu den Legataren Folgendes bemerken: Gegen diejenigen Legatare, die der Verſtorbene an ihn ſelbſt gewieſen hat, kann er die **Lex Falcidia** nicht geltend machen, wohl aber gegen diejenigen, welche an den Fiduciar gewieſen waren [13].

§. 1067.

b. Von dem Gegenſtande der Reſtitution bei freiwilliger Antretung.

1. Wie der Teſtator den **Heres ex asse** in Bezug auf die Erbſchaft im Ganzen mit einem univerſellen Fideicommiß belaſten kann, ſo auch den **Heres ex parte** in Bezug auf deſſen Antheil an der Erbſchaft. Dabei kann es ſein, er hat mehr nicht verlangt, als daß der Erbe eine gewiſſe Quote der ganzen Erbſchaft, oder ſeines Antheils an derſelben, herausgeben ſolle: er kann aber auch Herausgabe der ganzen Erbſchaft, des ganzen Erbantheils gefordert haben. Indeſſen wird in Gemäßheit des **SCtum Pegasianum** der Fiduciar doch auch in dieſem letzteren Falle nicht mehr als 3/4 der ganzen Erbſchaft oder ſeines Erbantheils zu reſtituiren brauchen.

2. Der Fiduciar braucht von der Erbſchaft dasjenige nicht zu reſtituiren, was der Erblaſſer ſelbſt ihm vorbehalten hat. Findet es ſich, daß das Vorbehaltene eine fremde Sache iſt, ſo behält der Fiduciar den Werth zurück [1].

3. Die dem Fiduciar accreſcirende Erbportion eines Miterben iſt er zu reſtituiren nicht verbunden. Einige zwar ſind der entgegengeſetzten Meinung [2], indem ſie ſich auf die **L. 43. D. h. t.** berufen; allein dieſe Stelle ſpricht von einem Falle ganz eigner Art — von dem Fall einer erzwungenen Antretung [3].

4. Iſt dem **Heres ex parte** die Reſtitution ſeines Erbantheils aufgegeben, ſo erſtreckt ſich deſſen Reſtitutionsverbindlichkeit, der Regel nach, zum Theil auch auf die ihm etwa ausgeſetzten Prälegate; ſie erſtreckt ſich nämlich auf den Theil der-

13) L. 2. L. 3. L. 55. §. 2. L. 63. §. 11. D. h. t.

1) L. 72. D. h. t.

2) U. A. Hofacker, Principia jur. civ. §. 1532.

3) S. d. vor. §. Note 9.

ſelben, welchen er als Erbe, **Heredis jure**, erhält [4]). Z. B. denken wir uns, der Teſtator hat ſo geſagt: **A.** ſoll mein Erbe ſein in einer, **B.** in der andern Hälfte. Der **A.** ſoll mein Landgut zum Voraus haben; den dritten Theil ſeines Erbantheils aber ſoll er nach zwei Jahren an den **C.** herausgeben. Es fragt ſich, inwieweit iſt er zur Herausgabe des Landgutes verbunden? Die eine Hälfte deſſelben erhält er auf Koſten ſeines Miterben **Jure legati**; dieſe alſo reſtituirt er nicht. Von der andern aber, die zu ſeinem Erbantheile gehört, muß er den dritten Theil allerdings reſtituiren. Der Erbe braucht jedoch nicht einmal den Theil, den er durch ſich ſelbſt hat, zu reſtituiren, ſobald ſich nachweiſen läßt, daß dies der Abſicht des Teſtators entgegen ſein würde [5]).

5. Die Früchte der Erbſchaft bis zur Antretung derſelben von Seiten des Fiduciars werden mit zu der zu reſtituirenden Maſſe geſchlagen; dagegen gebühren die Früchte, welche von der Zeit der Antretung an bis zu dem Momente, wo die Erbſchaft herausgegeben werden muß, gewonnen ſind, dem Fiduciar [6]).

§. 1068.

c. Von der Form derſelben.

Es iſt weiter nichts erforderlich, als daß der Fiduciar auf irgend eine Weiſe zu erkennen gibt, daß er reſtituire. Dies kann er **rebus ipsis et factis**; aber es iſt auch ſchon eine bloße wörtliche Erklärung hinreichend, um dem Fideicommiſſar alle aus der Reſtitution hervorgehenden Rechte zu geben [1]). Entzieht ſich der Fiduciar der Reſtitution, oder iſt er geſtorben, ohne einen Erben zu hinterlaſſen, ſo wird die Reſtitution ohne Weiteres als geſchehen angenommen [2]). Eben dies findet da allemal Statt,

4) L. 18. §. 3. D. h. t. Vgl. L. 3. §. 4. D. h. t.

5) Einen Fall dieſer Art enthält L. 86. D. ad Leg. Falcid. XXXV, 2.

6) L. 18. §. 2. L. 22. §. 2. L. 27. §. 1. D. h. t.

1) L. 37. pr. L. 63. pr. D. h. t. »Facta in fideicommissarium restitutione statim omnes res in bonis fiunt ejus, cui restituta est hereditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem.«

2) L. 7. §. 1. C. h. t.

wo der Fideicommiſſar ſelbſt die Erbſchaft einem Dritten herausgeben ſoll [3]).

d. Von der dem Fiduciar gebührenden Quart.
(§. §. 1069 — 1071.)

§. 1069.

α. Ueber die Frage, was in die ſ. g. Quarta Trebellianica einzurechnen ſei.

Bei den Römern heißt die dem Fiduciar gebührende Quart durchweg **Falcidia**; unſere Neueren nennen ſie bisweilen **Pegasiana**, der Regel nach aber **Trebellianica**.

Zuerſt nun entſteht hier die wichtige Frage: was iſt in die Quart einzurechnen?

Darüber gibt es ſehr verſchiedene Meinungen. Es iſt dies eine der aller beſtrittenſten Materien.

Viele ſind der Meinung, daß hier ganz dieſelben Grundſätze gelten, wie bei Legaten; daß alſo nur dasjenige auf die Quart einzurechnen ſei, was der Erbe als ſolcher, alſo **Jure hereditario** erhält [1]).

Andere halten dafür, bei univerſellen Fideicommiſſen müſſe außer demjenigen, was der Fiduciar **hereditario jure** erhalten, auch alles Uebrige, was ihm **ex judicio defuncti** zu Theil werde, in die Quart eingerechnet werden [2]).

Aber es fehlt nun auch nicht an Rechtsgelehrten, welche einen Mittelweg einſchlagen, indem ſie annehmen, daß in die ſ. g. **Quarta Trebellianica** zwar ein Mehres eingerechnet werde, als in die **Quarta Falcidia**, doch aber nicht Alles und Jedes, was der Fiduciar **ex judicio defuncti** erhält [3]).

3) cit. L. 7. §. 1. C. h. t.

1) So unter den Aelteren Cujacius, Observatt. VIII, 4.; unter den Neueren Höpfner, Commentar. §. 614. Note 1.

2) Dieſer Meinung ſind u. A. Ant. Faber, Conjecturae jur. civ. VI. c. 3. 4. Westenberg, Principia jur. sec. ord. Dig. XXXVI, 1. §. 32. Hellfeld, Jurisprud. forens. §. 1592.

3) Hieher gehört z. B. Thibaut, Pand. §. 929., welcher im Uebrigen der 2ten Meinung beitritt, aber die von einem Viertheil, oder durch Schuld des Fideicommiſſars gewonnenen Früchte, desgleichen die dem Fiduciar von einem Miterben gezahlten Prälegate, und Alles, was der Fiduciar von einem Legatar zur Erfüllung einer Bedingung erhielt, ausnimmt.

Wenn nun die Frage entſteht, welche von dieſen mehren Meinungen die richtige ſein dürfte, ſo iſt das allerdings unläugbar, daß an und für ſich die ſ. g. **Quarta Trebellianica** nichts Anderes iſt, als die **Quarta Falcidia**, angewandt auf univerſelle Fideicommiſſe. Das **SCtum Pegasianum** verordnete, daß es demjenigen, welcher gebeten wäre, eine Erbſchaft herauszugeben, eben ſo erlaubt ſein ſolle, den vierten Theil zurückzubehalten, wie es bei Legaten durch die **Lex Falcidia** verſtattet ſei, die Quart zurückzubehalten [4]). Und ſonach müſſen wir bei der **Quarta Trebellianica** allerdings von denſelben Principien ausgehen, wie bei der **Quarta Falcidia**. Aber eben ſo gewiß iſt es, daß jene Principien in ihrer Anwendung auf das Fideicommiß der Erbſchaft gewiſſen Modificationen unterliegen. Nämlich:

1. Es kann da, wo von der Herausgabe der Erbſchaft die Rede iſt, der Fall vorkommen, daß dem Erben aufgegeben iſt, die Erbſchaft mit Vorbehalt gewiſſer Objecte herauszugeben — und für dieſen Fall haben wir die Vorſchrift, daß dergleichen auf die Quart angerechnet werden ſollen. Auch findet ſich die beſondere Vorſchrift, daß, wenn der Teſtator geſagt hat, der Erbe ſolle **accepta pecunia** die Erbſchaft reſtituiren, ohne Bezeichnung der Perſon, von welcher der Erbe das Geld empfangen ſoll, dies ſo auszulegen ſei, als ob es hieße, der Erbe ſolle **retenta pecunia** reſtituiren, ſo daß nun der Betrag der bezeichneten Summe ebenfalls als vorbehaltenes Object anzuſehen, und als ſolches auf die Quart anzurechnen iſt [5]).

2. Ausdrücklich wird in der **L. 91. D. ad leg. Falcid. XXXV, 2.** geſagt, daß Vermächtniſſe, welche dem Fiduciar ausgeſetzt ſind, in die Quart eingerechnet werden müſſen. Nur bei Prälegaten im eigentlichen, engeren Sinne des Wortes tritt eine Ausnahme ein. Nämlich der Theil derſelben, welchen der Erbe auf Koſten ſeiner Miterben, alſo **Jure legati** gerade, er-

4) **§. 5. I. h. t. » . . . postea . . . . . Pegaso et Pusione Consulibus Senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset, hereditatem restituere, perinde liceret, partem quartam retinere, atque ex Lege Falcidia in legatis retinere conceditur.«**

5) **L. 91. L. 93. D. ad Leg. Falcid. XXXV, 2. L. 1. §. 16. L. 58. §. 3. D. h. t.**

hält, wird ihm, der Regel nach, auf die Quart nicht angerechnet [6]). Jch ſage, der Regel nach; denn, ſoll die Erbſchaft an einen Miterben gerade herausgegeben werden, ſo findet hier dieſelbe Compenſation Statt, wie da, wo Miterben einander gegenſeitig Legate zu leiſten haben [7]). S. §. 1035. — Dagegen wird ihm der Theil des Prälegates, den er **Jure hereditario** hat, auf die Quart angerechnet, und zwar ſeinem ganzen Betrage nach, derjenige, an den er die Erbſchaft zu reſtituiren hat, ſei wer er wolle. Jn der **L. 86. D. ad leg. Falcid. XXXV, 2.** kommt allerdings ein Fall vor, in welchem nur ein Theil dieſes Betrages auf die Quart angerechnet wird; allein das beruhet auf einer beſondern, nur für dieſen Fall gerade paſſenden **Conjectura voluntatis.** S. §. 1067. Note 5.

3. Auch darin zeigt ſich eine Abweichung, daß der Fiduciar ſich dasjenige, was er von dem Fideicommiſſar **implendae conditionis causa** empfängt, auf die Quart muß anrechnen laſſen [8]). Auf den erſten Blick könnte dem zu widerſtreiten ſcheinen **L. 30. §. 7. D. ad leg. Falcid. XXXV, 2.**

> **Maecianus.** »**Tametsi autem legis Falcidiae ratione, quae conditionis implendae causa heredi sunt data, in quartam non computantur, tamen id, quod non figura conditionis accipere jussus est ab eo, cui hereditatem restituere rogatus est, Celso et Juliano nostro placuit computari, quemadmodum si ea summa heres vendere eas res jussus esset, quia non conditionis implendae causa, quodammodo pro pretio inferre sunt jussi.**« . . .

Jn der That aber iſt es nicht ſo. Vielmehr geht aus dieſer Stelle nur ſo viel hervor: Was der Erbe vom Fideicommiſſar **implendae conditionis causa** empfängt, das kommt den an ihn gewieſenen Legataren nicht zu Statten; es wird ihm auf die Quart bloß zu Gunſten des Fideicommiſſars angerechnet.

6) **cit. L. 91. D. ad Leg. Falcid.**

7) Auf dieſen Fall gerade bezieht ſich **L. 24. C. fam. hercisc. III, 36**; über welche ſchwierige Stelle zu vergleichen iſt **Cujacius, Commentar. in Papiniani Responsa, ad L. 78. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.**

8) **cit. L. 91. D. ad Leg. Falcid.**

Zum Beſchluß muß ich noch dieſes bemerken: Gleich anfangs habe ich der Meinung derjenigen gedacht, welche behaupten, daß auf die ſ. g. Trebellianica Alles und Jedes einzurechnen ſei, was der Fiduciar ex judicio defuncti erhält. Von dieſer Meinung ſagt Höpfner [9]), daß ſie in praxi angenommen ſei. Indeſſen eine allgemeine Praxis dürfte ſich wohl ſchwerlich nachweiſen laſſen.

§. 1070.

β. Ueber die Art der Berechnung in dem beſondern Fall, da der Fiduciar zugleich mit Legaten beſchwert iſt.

Wenn der Erbe nicht bloß mit einem Fideicommiß der Erbſchaft, ſondern außerdem auch noch mit Legaten belaſtet iſt, ohne die Quart frei zu haben, ſo erfahren alle dieſe Vermächtniſſe einen verhältnißmäßigen Abzug: Ein Theil der Quart fällt auf das Fideicommiß der Erbſchaft, ein anderer auf die Legate. Hiebei kann indeſſen die Frage entſtehen, wie hoch das Fideicommiß der Erbſchaft in Anſchlag zu bringen ſei? Die Beantwortung dieſer Frage wird, nach Verſchiedenheit der Umſtände, verſchieden ausfallen:

Hat der Teſtator ausdrücklich erklärt, daß die Legate nur dem Erben zur Laſt fallen ſollen, ſo wird der Betrag des Fideicommiſſes nach dem abſoluten Belaufe der Erbſchaft zu beſtimmen ſein, ohne daß die Legate davon abgeſetzt werden [1]).

Dagegen: Hat umgekehrt der Teſtator ausdrücklich geſagt, daß die Erbſchaft deductis legatis an den Fideicommiſſar herausgegeben werden ſoll; ſo wird der Betrag des Fideicommiſſes nach dem Belaufe des Reſtes zu ſchätzen ſein, den die Legate übrig laſſen [2]).

Dieſelbe Rechnung muß nun aber auch da angelegt werden, wo der Teſtator ſich über ſeine Abſicht überall nicht näher erklärt hat; denn die Vermuthung ſtreitet alle Mal dafür, daß der

9) A. a. O. §. 614. Note 1.

1) Auf einen Fall dieſer Art bezieht ſich L. 3. pr. D. h. t.

2) Auf dieſen Fall bezieht ſich L. 3. §. 2. D. h. t.

Teſtator die Erbſchaft deductis legatis habe reſtituirt wiſſen wollen 3).

§. 1071.

γ. Ueber das Verhältniß der ſ. g. Quarta Trebellianica zum Pflichttheile.

Die Frage iſt hier der im §. 1042. beantworteten analog. Nämlich es fragt ſich: Iſt der zum Pflichttheil Berechtigte und mit einem Fideicommiß der Erbſchaft Belaſtete befugt, einen zweifachen Abzug zu machen, den einen wegen des Pflichttheils, den andern wegen der Lex Falcidia?

Nach Römiſchem Rechte iſt die Frage zu verneinen 1). Der mit dem Fideicommiß der Erbſchaft Belaſtete kann immer nur entweder den Pflichttheil oder die Trebellianica in Anſpruch nehmen, je wie nach Verſchiedenheit der Umſtände das Eine, oder das Andere ihm vortheilhafter iſt. Beides neben einander geht nicht.

Aber nach Canoniſchem Rechte verhält es ſich anders: Da ſollen Kinder, welchen von ihren Aeltern aufgegeben iſt, die Erbſchaft zu reſtituiren,

1. den Pflichttheil in Abzug bringen dürfen — als etwas, was ihnen aus beſonderen Gründen, wegen ihres ſpeciellen Verhältniſſes zum Erblaſſer, gleichſam Jure naturae gebühre, und

2. ſollen ſie daneben auch noch die Trebellianica haben — als etwas, was ihnen, gleich jedem Fremden, zukomme; ſie ſollen alſo neben der Legitima auch noch auf die Quart des Reſtes Anſpruch machen können 2).

Dieſe Entſcheidung des Canoniſchen Rechts iſt in praxi angenommen. Aber da in den Stellen des Canoniſchen Rechts gerade von einem bedingten oder ex die angeordneten Fideicommiß die Rede iſt, ſo glauben Viele, den doppelten Abzug auf dieſe

3) Siehe L. 2. D. h. t. C. ad Leg. Falcid. VI, 50.

1) Vergl. Paul. IV, 5. §. 5. L 8. §. 11. D. d. inofficioso test. V, 2. L 6. pr. C. h. t. L. 10.

2) c. 16. c. 18. X. d. testamentis. III, 26.

Vorausſetzung beſchränken zu müſſen, während Andere, und gewiß mit Recht, dieſe Beſchränkung verwerfen.

Ferner iſt man verſchiedener Meinung darüber, ob dasjenige, was in den angeführten Texten von Kindern geſagt wird, anzuwenden ſei auch auf Aeltern. Die Einen ſind dafür, die Andern dagegen. Es ſcheint indeſſen in der That par ratio vorhanden zu ſein [3]).

§. 1072.

e. Ueber Veräußerungen von Seiten des Fiduciars.

Wenn der Fiduciar Sachen, welche zur Erbſchaft gehören, vor der Reſtitution veräußert, es ſei nun eine Veräußerung im engeren Sinne, alſo eine ſolche, die auf Uebertragung des Eigenthums berechnet iſt, oder auch eine bloße Verpfändung, ſo kann der Fideicommiſſar deshalb von dem Fiduciar Erſatz fordern. Aber darauf iſt er keineswegs beſchränkt, er braucht überall dieſe Veräußerung gar nicht anzuerkennen; er kann die veräußerte Sache von jedem dritten Inhaber vindiciren, und es ſteht ihm dabei nicht ein Mal der für die ordentliche Erſitzung genügende Verlauf der Zeit entgegen [1]). Vgl. §. 264. Nr. 5. Allerdings gibt es Ausnahmen. Es gibt Fälle, in denen der Fideicommiſſar die vorgenommene Veräußerung anerkennen muß: So wenn zur Zeit der Veräußerung das Fideicommiß unbekannt war, indem z. B. der Codicill, in welchem es angeordnet worden, damals noch nicht eröffnet war. Hier wird zwar der Fideicommiſſar Erſatz fordern können, aber die Veräußerung ſelbſt muß er anerkennen [2]).

Eben ſo muß der Fideicommiſſar die Veräußerung anerkennen, wenn ſie nothwendig war, um das zur Befriedigung der

3) Ueber dieſe ganze Materie ſind zu vergleichen: Putendorff, Observatt. Tom. I. Obs. 146. Tom. II. Obs. 82. G. L. Böhmer, Electa juris civilis. Tom. I. Exercit. 6. §. 17. Voet, Commentarius ad Pand. V, 2. §. 12. XXXVI. §. 52. Hofacker, Principia jur. civ. §. 1539. Hellfeld, Jurisprud. for. §. 1594.

1) L. ult. §. §. 2. 3. C. communia de legat. VI, 43. (Justinianus.)

2) L. 89. §. 7. D. d. legat. II.

Gläubiger erforderliche Geld herbeizuſchaffen [3]), oder wenn ſonſt durch die Veräußerung ein Nachtheil abgewandt worden iſt [4]).

Eigenthümliche Beſtimmungen über die Veräußerungsbefugniß des Fiduciars kommen da in Anwendung, wo dem Fiduciar aufgegeben iſt, dasjenige zu reſtituiren, was dereinſt bei ſeinem Tode von der Erbſchaft übrig ſein werde. Hier kann der Fiduciar von Todeswegen über die zu reſtituirende Erbſchaft gar nicht verfügen; unter Lebenden dagegen hat er über 3/4 freie Dispoſition, nur daß er von dieſem Dispoſitionsrechte nicht abſichtlich bloß zum Nachtheil des Fideicommiſſars Gebrauch machen darf; 1/4 muß nun aber der Regel nach dem Fideicommiſſar erhalten werden. Dieſes Viertel darf nur unter beſonderen Vorausſetzungen angegriffen werden — dann nämlich, wenn es dem Fiduciar zu ſeinem Lebensunterhalt, oder zur Beſtellung einer **Dos**, oder **propter nuptias donatio** an hinreichendem anderweitigen Vermögen fehlt; desgleichen im Fall einer etwaigen Verwendung auf die Loskaufung von Gefangenen [5]).

3) Argum. L. 38. pr. D. d. legat. III.
4) L. 22. §. 3. D. h. t.
5) Nov. 108. c. 1. 2. Auth. Contra. C. h. t.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

Regiſter *).

Die Römiſche Zahl bezeichnet den Theil, in der Weiſe, daß Band II. Abth. 1. u. 2. als Theil II. u. III., Band III. Abth. 1. u. 2. als Theil IV. u. V. gezählt werden; die arabiſche die Seite; ein davor ſtehendes N. die Nummer.

A.

Abbitte III, 578.
Abortus I, 119.
Abſetzung, des Tutor IV, 202.
Abſicht, böſe ſ. Dolus.
Abſtinenz des Erben V, 375. 494.
Abtretung der Forderungen III, 20.
Abweſenheit I, 98.
— als Grund der In integrum restitutio I, 562 ff. 567. 568.
— bei der Usucapio II, 140. 267.
Acceptation des Verſprechens III, 200.
Acceptilatio III, 229.
Accessio als Erwerbsart des Eigenthums II, 146 ff.
— possessionis II, 136. 143.
Accessiones I, 237. II, 116 ff.
— der Dos IV, 60.
Accidentalia der Rechtsgeſchäfte I, 265.
Accusatio suspecti IV, 203.
Acquisitio hereditatis V, 14. 373 ff.
Actio I, 389. Arten 390 ff.
— ad exhibendum III, 699 ff.
— adjectitiae qualitatis I, 412.
— adversus Publicanos III, 581.
— aquae pluviae arcendae II, 25. 27. III, 624.
— arbitraria I, 401.
Actio aestimatoria emti III, 359.
— — injuriarum III, 577.
— — praescriptis verbis III, 329.
— arborum furtim caesarum III, 580.
— bonae fidei I, 401.
— civilis I, 408.
— commodati III, 310.
— communi dividundo III, 669. — deren Verjährung I, 427 ff.
— confessoria I, 523. II, 208 ff.
— — Publiciana II, 212.
— constitutae pecuniae III, 497.
— de albo corrupto III, 652.
— de effusis et dejectis III, 684.
— de eo, quod certo loco III, 133.
— de in rem verso III, 683. IV, 149.
— de liberis exhibendis et ducendis IV, 38.
— de partu agnoscendo IV, 83. 102.
— de pastu III, 637.
— de patria potestate IV, 152.
— de pauperie III, 714.
— de peculio IV, 145.
— depositi III, 314. 315.
— — sequestraria III, 318.
— de positis et suspensis III, 686.

*) Das Regiſter zu dieſem Werke iſt unter Anleitung des Herrn Profeſſor D. Göſchen zu Berlin durch den Hrn. Referendarius Schmidt angefertigt.

Actio de recepto III, 710.
— de superficiebus II, 311.
— de tigno juncto II, 153.
— de uxore exhibenda et ducenda IV, 38.
— directa, contraria III, 164.
— — utilis I, 397.
— distrahendis rationibus IV, 206.
— doli I, 253. III, 586 ff.
— dotis IV, 68.
— duplex I, 411.
— emti venditi III, 350 ff.
— emphyteuticaria II, 299. III, 399.
— exercitoria III, 435.
— ex syndicatu III, 636.
— familiae herciscundae V, 114. 449 ff. — deren Verjährung I, 427.
— famosa I, 410.
— fictitia I, 398.
— finium regundorum III, 673. — deren Verjährung I, 429.
— funeraria III, 682.
— furti III, 554 ff. 558.
— honoraria I, 408.
— hypothecaria II, 400. V, 639. — deren Verjährung I, 431.
— hypothecaria utilis II, 331. 359. N. 2.
— incerti I, 401.
— in factum, deren Begriff I, 399 ff.
— — — de calumnia III, 630. — wegen verhinderter Erſcheinung vor Gericht III, 633. — wegen unbefugter oder verhinderter Beerdigung III, 629. — bei der Missio in possessionem III, 631. — gegen den Judex III, 625. — gegen den Mensor III, 617. — gegen Schiffer u. Wirthe III, 687. 710. — wegen Urkunden-Edition III, 703. — bei der Lex Aquilia III, 566. — wegen damnum in turba datum III, 580. — wegen dolus III, 589. — bei der cautio damni infecti III, 709.
— in rem, in personam I, 390.
— in rem scripta I, 392.
— injuriarum III, 577. 579.
— institoria III, 437.
— institutoria bei Bürgſchaften III, 533. — bei der Integri restitutio I, 545. 563.
— interrogatoria I, 525.
— judicati I, 510 f. III, 433. 439. IV, 198. 226.
— legis Aquiliae III, 561.
— — — utilis III, 566.
Actio locati conducti III, 376 ff. 390.
— mandati III, 424. 427.
— matrimonialis IV, 9.
— mixta I, 392. 394. 411. III, 667.
— mutui III, 290.
— negatoria II, 42. 64. — Beweis bei derſelben II, 67.
— negotiorum gestorum III, 677 ff. IV, 216.
— noxalis I, 410.
— oneris aversi III, 397.
— ordinaria, extraordinaria I, 411.
— Pauliana III, 643.
— perpetua I, 423. 426.
— personalis e testamento V, 638.
— pignoratitia II, 401. III, 503. 504.
— poenalis I, 393 ff.
— popularis I, 410. 419.
— praejudicialis I, 409.
— praeparatoria I, 411.
— praescriptis verbis I, 399. — bei den unbenannten Realcontracten III, 320. 322.
— principalis I, 412.
— pro socio III, 406. 410.
— Publiciana II, 193. — bei den Servituten II, 212. — bei der Emphyteusis II, 299. — bei der Superficies II, 311.
— quanti minoris III, 359.
— quod jussu IV, 115.
— quod metus causa III, 582. I, 250.
— recantatoria III, 579.
— redhibitoria III, 360. 361.
— rei persecutoria I, 393 ff.
— rei uxoriae IV, 68.
— rerum amotarum IV, 843
— rescissoria I, 545. III, 531.
— restitutoria bei der Bürgſchaft III, 531. 532. — bei der Integri restitutio I, 545.
— sepulcri violati III, 630.
— servi corrupti III, 636.
— Serviana II, 400.
— specialis in rem I, 423 f.
— spolii III, 610.
— stricti juris I, 401.
— subsidiaria I, 412.
— — in magistratum IV, 208.
— suppletoria V, 270. 276.
— temporalis I, 423. 426.
— tributoria IV, 127.
— tutelae directa IV, 206.
— — contraria IV, 211.
— vectigalis II, 298.

Actio viae receptae III, 628.
— vi bonorum raptorum III, 558. 580. I, 421.
— vulgaris I, 399.
Actiones, deren Concurrenz I, 447 ff.
— deren Uebergang auf und wider die Erben I, 419 ff.
— deren Verjährung I, 422 ff.
Actores I, 207. IV, 197.
Actus merae facultatis I, 248.
Addictio bonorum V, 19.
— in diem II, 11. III, 540 ff.
Ademtio legati V, 21. 594.
— libertatis V, 21.
Aditio hereditatis V, 14. 376. 378 ff.
Adjectus solutionis causa III, 222.
Adjudicatio beim Eigenthum II, 278. III, 666.
— beim Pfandrecht II, 340.
— bei den Servituten II, 263.
Adjunctio II, 158.
Adminicula bei den Servituten II, 210.
Adoptio IV, 115. — Arten IV. 119. — Wirkungen 121, beſonders in Bezug auf das Erbrecht V, 337. 347.
Adulterium IV, 93.
Aedilitiſches Edict wegen Mängel III, 151 ff.
Aerzte III, 333. 691. IV, 181.
Aestimatio dotis taxationis causa IV, 74.
— — venditionis causa IV, 73.
— litis bei der Actio hypothecaria II, 404.
— litis bei der Rei vindicatio II, 55.
— beim Tröbelvertrage III, 329. — inwiefern ſie die Präſtation der Culpa ändert III, 70. 80.
— ſ. auch Jusjurandum in litem.
Aeußerung des letzten Willens V, 62. — Art und Weiſe derſelben V, 62 ff.
Affinitas I, 193.
— servilis I, 196. IV, 21.
— superveniens I, 197. IV, 89.
— als Ehehinderniß IV, 20 ff.
Affirmatores IV, 207.
Afterbürgſchaft III, 512.
Aftermiether III, 394. 223. ſ. auch II, 354.
Afterpächter III, 394. ſ. auch II, 353.
Afterpfand II, 360.
Agio III, 48.
Agnaten I, 177 ff.
— bei der Tutel IV, 173.
Agnatio I, 177 ff. 182 ff. 185.
Agnatio als Grund der alten Inteſtaterbfolge V, 320.
— superveniens IV, 89.
Agnitio bonorum possessionis V, 506.
Agri arcifinii, limitati II, 147 Note 2.
— deserti II, 78.
Alienatio ſ. Veräußerung.
— in fraudem creditorum III, 639 f.
— judicii mutandi causa III, 631.
Alimentation, Pflicht dazu I, 150. IV, 160.
— des Pupillen IV, 186.
Alimente, legirte I, 137. N. 5. cf. III, 490. V, 590.
Alluvio II, 147.
Alter der Menſchen I, 132 ff.
Alvei mutatio II, 148.
Amotio rerum IV, 81.
Analogie I, 69. 105 ff.
Analphabeti V, 147.
Anatocismus III, 120. — conjunctus, disjunctus III, 121.
Angabe an Zahlungs=Statt III, 124.
Angeld ſ. Arrha.
Angelöbniß (Cautio durch) I, 374.
Animus injuriandi III, 573.
— lucri faciendi III, 589.
— novandi III, 243.
— possidendi I, 599. 604.
Anlagen, die der Nachbar nicht machen darf II, 25. 26.
Annahme an Kindes Statt ſ. Adoptio.
Annullation der Ehe IV, 14.
Annus continuus, utilis I, 582. 185.
Anrüchigkeit I, 165.
Anſtandsbrief III, 279.
Antichresis III, 545.
Anwachſungsrecht bei Erben V, 484. 512.
— bei Legaten V, 640.
Anweiſung III, 413.
Anweſenheit I, 198.
An= und Zuwüchſe ſ. Accessiones.
Apocha III, 225. 226.
Apoſtaten I, 172.
Appellatio I, 500.
Apprehenſion I, 612. 616.
Appulsus servitus II, 253.
Arbiter im Proceß I, 388. 402.
— beim Compromissum III, 469.
Arbitrium I, 306.
— bei Verträgen III, 176. 178.
— bei letztem Willen V, 57. 58.

Argentarii III, 156. 208. 12. 105.
Argumentum a contrario I, 76. 78. 315.
Armenhäuſer I, 213. — ihr Erbrecht V, 372.
Arrha bei Verlöbniſſen IV, 11.
— bei Verträgen III, 194.
Arrogatio IV, 119 ff. beſonders in Bezug auf das Erbrecht V, 337. 347.
As V, 154.
Aſcendenten I, 175.
— in Bezug auf die Ehe IV, 18. 20.
— in Bezug auf das Erbrecht V, 192. 229 ff. 251. 346.
Aſſignation III, 19. 443.
Auction III, 368.
Auctoritas rei judicatae I, 498.
— tutoris IV, 165.
Aufenthalt I, 199.
Aufgebot IV, 27.
Aufhebung der Obligation III, 215 ff.
Aufſtellen, Aufhängen III, 686.
Auftrag ſ. Mandat.
Augenſchein I, 493.
Ausgießen III, 684.
Auslegung ſ. Interpretation.
Ausſteuer ſ. Dos.
Authentiken I, 23.
Avulsio II, 147.

B.

Balkenrecht II, 241.
Baſiliken I, 74.
Bauen, als Erwerbart II, 151.
— am Meeresufer I, 224.
— deſſen Beſchränkungen II, 25.
Bauern, deren Rechtsunwiſſenheit I, 263. III, 657. 661.
— deren Teſtamente V, 301.
— deren Zinſen III, 115.
Baumaterialien II, 151 ff. — deren Erſitzung II, 108.
Bedingungen, Arten, und allgemeine Grundſätze I, 277 ff.
— bei der Ehe IV, 36.
— beim Pfandrecht II, 335.
— bei Verlöbniſſen IV, 8.
— beim letzten Willen V, 77 ff.
Beerdigung, Pflicht dazu III, 692.
— unbefugte III, 629.
— verhinderte III, 628.
Begnadigung I, 160.
Beleidigung ſ. Injuria.
Beneficial-Erbe V, 386. 388 ff.
Beneficium abstinendi V, 375. 494.
— cedendarum actionum III, 27 ff. 30. 518. 522. 525. IV, 211.
Beneficium competentiae III, 127 ff.
— deliberandi V, 383.
— divisionis III, 15. 518. 525. IV, 211.
— excussionis bei Bürgſchaften III, 517. 525. IV, 210.
— — beim Pfandrechte II, 407 ff.
— inventarii V, 386. 388.
— laudationis auctoris II, 48.
— ordinis III, 517. 525. IV, 210.
— separationis V, 392.
Bergbau II, 24. N. 1. 29. N. 5.
Beſchränkungen, geſetzliche des Eigenthumes II, 25.
Beſchreibung ſ. Demonstratio.
Beſitz I, 598 ff. — abgeleiteter I, 604 ff. — uneigentlicher I, 640 ff.
— Erwerb I, 612.
— — durch Stellvertreter I, 623.
— Verluſt I, 627. 637. ſ. auch Possessio.
Beſitzergreifung I, 612. 616.
Betrug ſ. Dolus.
Beute II, 74 ff.
Beweis I, 484. 485. — der Rechtsſätze I, 486. — des Todes V, 415.
— der Vaterſchaft I, 146. — letztwilliger Verordnungen V, 118 ff.
— der Zahlung III, 225. — zum ewigen Gedächtniß I, 419. — bei der actio hypothecaria II, 202.
— bei der actio negatoria I, 490. II, 67. — bei der hereditatis petitio V, 414 ff. — bei der rei vindicatio II, 51 ff.
Beweislaſt I, 489.
Beweismittel I, 492.
Beweisſatz I, 485. 486.
Biſchöfe IV, 168. V, 61.
Blinde I, 140.
— ihre Teſtamente V, 281.
Blödſinnige I, 142. 143. — bei Erbantretung V, 426. — bei Teſtamenten V, 36. — bei Verträgen III, 161.
Blutſchande I, 150.
Bona materna IV, 133.
— parapherna IV, 79.
— receptitia IV, 79.
— vacantia V, 371. I, 431. N. 4.
Bonitas nominis III, 33. N. 2.
— operis III, 391. N. 2.
Bonorum possessio V, 323. 503 ff.
— — contra tabulas V, 507. 521 ff. 534. 536. 538.
— — cum re V, 515. 516.
— — decretalis et edictalis V, 503.

Bonorum poss. emancipati V, 535.
— — ex edicto Carboniano V, 425.
— — furiosi nomine V, 426.
— — intestati V, 508. 530. 537. 540.
— — secundum tabulas V, 507. 528.
— — sine re V, 515. 517 ff.
— — unde vir et uxor V, 533.
— — ventris nomine V, 427.
— — Verhältniß zur Hereditas V, 515 ff.
Brautgabe ſ. Dos.
Brautgeſchenke IV, 12.
Brautſchatz ſ. Dos.
Bürgen der Mündel I, 553. IV, 207.
Bürger I, 124.
Bürgſchaft III, 511 ff. — der Frauen III, 527 ff.

C.

Caelebs IV, 105. V, 33.
Calumnia III, 630.
Canon II, 296.
— redintegranda III, 611.
Capacitas V, 33 ff.
Capio mortis causa V, 23.
— pignorum I, 512.
Capitis deminutio I, 126 ff.
— — minima I, 127. IV, 201. 203.
— — Grund der Integri restitutio I, 561.
Caput I, 126 ff.
Caſtraten I, 140.
Casus III, 78 f.
— mixtus III, 80.
— primus, secundus bei der Subſtitution V, 190.
Causa continua II, 239.
— debendi I, 414
— falsa bei der Erbeseinſetzung II, 46 ff.
— futura, praesens, praeterita, honesta, turpis III, 693. 694.
— justa bei der Usucapio II, 114.
— bei der Tradition II, 174. II, 194. N. 3. — bei der Restitutio I, 536.
— lucrativa bei der Evictionsleiſtung II, 92.
— possessionis I, 612.
— rei I, 415. 478.
Cautela Socini V, 255.
Cautio überhaupt I, 373. 377.
— bei der Arrogatio IV, 127.
— damni infecti III, 704.
— Muciana V, 108.
— Servitutum II, 228.
— bei Vermächtniſſen V, 636.
Cautio ſoviel als Handſchrift I, 377.
— indiscreta III, 662. N. 3.
Cessio bonorum III, 280.
Ceſſion der Forderungen III, 20 ff.
— wo ſie rechtlich nothwendig III, 27.
— des Nießbrauchs II, 272.
Chirographum III, 152. 159.
Citation I, 440. 476. 481. II, 141. 115.
Civis I, 124 ff.
Civitas I, 124 ff. IV, 15. 124. 167.
Clausula codicillaris I, 314. V, 562.
— generalis I, 566. V, 510.
— omnes et singuli III, 472.
Codex I, 7.
— Verhältniß zu den Inſtitutionen und Pandekten I, 12.
— Florentinus I, 72.
Codicillar-Clauſel V, 562.
Codicilli V, 24. 555 ff. — Eröffnung derſelben V, 117.
Cognaten I, 177 ff. 182. 183. 185.
— in Bezug auf das Erbrecht V, 331 ff.
Cognatio I, 177 ff. 182. 183. 185.
— servilis V, 310. — spiritualis I, 193. IV, 19.
Cognitio extraordinaria I, 384.
Cohortales V, 371.
Collaterales I, 175. — bei der Ehe IV, 18. — im Erbrecht V, 319 ff.
Collation der Erben V, 457 ff. — ältere V, 458. — neuere V, 467.
— Rechtsmittel, ſie zu erzwingen V, 480. — Objecte V, 475. — Subjecte V, 473.
Collegium I, 201. — Fähigkeit aus Teſtamenten zu erwerben V, 41.
Colliſion der Geſetze I, 110 ff. — der Obligationen III, 149 ff. — der Rechte I, 368 ff. — der Verlöbniſſe IV, 11. ſ. auch Concurrenz.
Colonia partiaria III, 375. 380. N. 7.
Commercium V, 28.
Commixtio II, 164.
Commodatum III, 307 ff.
Commodum beim Kauf III, 342.
— repraesentationis III, 146.
Communio ſ. Miteigenthum. — incidens I, 366. III, 664.
Compensatio III, 261 ff.
Competenz III, 127 ff.
Compossessio I, 609.
Compromissum III, 468.

Computatio der Zeit I, 586 ff.
Concilium Tridentinum IV, 19. 22. 27. 30. 37.
Concubinat IV, 111. — als Grund der Erbfolge V, 366.
Concurrenz der Beſitzer I, 607.
— der Eigenthümer II, 37.
— der Pfandgläubiger II, 376 ff. 378 ff. 399.
— der Rechte II, 368 ff. ſ. auch Colliſion.
Concurs der Erben V, 76.
— der Gläubiger IV, 149 ff.
— der Klagen I, 447 ff.
— lucrativer Erwerbsgründe III, 275.
Condemnatio I, 388.
Condictio I, 392. III, 694 ff.
— causa data causa non secuta III, 323. 695. IV, 50.
— ex chirographo III, 297.
— ex constitutione divi Pii IV, 126. N. 4.
— ex lege I, 399.
— ex lege 35. C. de donationibus I, 400. III, 453.
— ex mutuo III, 290.
— furtiva III, 551. 558.
— indebiti III, 657.
— Juventiana III, 191. N. 2. 287.
— ob causam datorum III, 323. 695. IV, 50.
— ob turpem causam III, 637.
— ob injustam causam III, 638.
— si certum petetur I, 392.
— sine causa III, 696. II, 59. 186. III, 271. 288.
— triticiaria I, 392.
Conditio ſ. Bedingung.
Condominium ſ. Miteigenthum.
Confessio als Beweismittel I, 493.
— in jure I, 522.
Confirmation der rechtlichen Geſchäfte I, 311.
— ob ſie bei Eiden nöthig I, 324.
Confusio als Erwerbart des Eigenthums II, 162.
— der Rechte I, 369 ff.
— im Erbrecht V, 441.
— bei den Obligationen III, 256 ff.
— beim Pfandrecht II, 416 ff.
— bei den Servituten II, 282.
Conjuncti V, 74. 75. 488 ff.
Connubium IV, 14.
Consensus des Curators IV, 166. — des Vaters bei der Ehe IV, 28 ff.
— contrarius III, 236.
Consilium principis IV, 180. 202.
Conſolidation bei Servituten II, 282.
Constitutiones principum I, 55. — generales personales I, 56.
Constitutum debiti alieni III, 521. 497.
— debiti proprii III, 497 ff.
— possessorium I, 626 ff.
Consuetudo I, 80 ff.
— fori I, 97.
Conſumtion der Früchte II, 182.
— der Klagen I, 476. 502. 505. 508. N. 2. 509. N. 3.
Contractus, Begriff und Arten III, 160 ff. 203 ff.
— aestimatorius III, 328.
— bonae fidei, stricti juris III, 163.
— chirographarius III, 296.
— emphyteuticarius II, 292. III, 298.
— mohatrae III, 303.
— pignoratitius III, 501.
— socidae III, 396.
— suffragii III, 330.
— unilateralis, bilateralis III, 163.
Contubernium I, 196.
Contumacia I, 501. N. 2. 519. N. 1. II, 212. N. 2. III, 86. 584. 588.
Contutor IV, 198 ff.
Convaleſcenz I, 311.
Conventio in scriptis celebrata III, 203.
Conventionalſtrafe bei Verlöbniſſen IV, 11.
— bei Verträgen III, 196.
Converſion der Geſchäfte I, 313.
Corporationen I, 202. 211. V, 41.
Corpus juris canonici I, 24 ff.
— civilis, Auslegung deſſelben I, 75 ff.
Correal-Obligation III, 7 ff. 16 ff.
Correi überhaupt III, 11 ff. — bei der Actio doli III, 588. — bei der Actio legis Aquil. III, 564. — bei der Actio redhibitoria III, 363. — bei der Actio quod metus causa III, 583. — beim außergerichtlichen Eide III, 481. — bei der Compenſation III, 266. — bei der Confuſion III, 257. N. 2. 260. N. 3. — bei der Novation III, 250. — beim Pactum de non petendo III, 231.
Creditores III, 3.
— chirographarii III, 152. 159.
Culpa, bei Handlungen überhaupt I, 247. — bei Obligationen III, 53 ff. — Arten III, 57. — Be-

weis III, 71. — Grade III, 55. — Präſtation III, 62 ff. 67.
Cultur wüſter Ländereien II, 78.
Cura 164. 213 ff.
— absentis IV, 214.
— bonorum IV, 213. 214.
— furiosi IV, 221.
— hereditatis jacentis IV, 215.
— minorum IV, 215. 217.
— personarum IV, 213.
— prodigi IV, 222.
— sexus IV, 164. 217.
— ventris IV, 214.
— wegen Krankheit und Gebrechlichkeit IV, 222.
Curandus IV, 213 ff.
Curatores ſ. Cura.
— deren Conſens IV, 166.
Curiae I, 203.
— deren Beſchlüſſe I, 206.
— ihr Erbrecht V, 370.
Curiales I, 203. III, 374.
Curs III, 48. 49.
Custodes bei Schwangern IV, 102. 103.
Custodia III, 59.

D.

Damnum, deſſen Begriff und Arten III. 82 ff.
— deſſen Erſatz III, 83 ff.
— infectum III, 704.
— injuria datum III, 212. 558.
— in turba datum III, 580. N. 9.
Darlehn III, 282 ff. — der Städte I, 208. 210.
Datio bonorum possessionis V, 506.
— dotis IV, 48.
— in adoptionem IV, 119. 122. 153.
— in solutum III, 124.
— legati V, 21.
— libertatis V, 21.
Debitor III, 3.
— cessus III, 22.
Debitum conjugale IV, 39.
Decreta im Proceß I, 496.
— principum I, 55. 66.
Decretum de alienando bei Pupillengütern IV, 190. — bei Zahlungen an den Vormund IV, 193.
— Divi Marci I, 378.
Decuriones I, 203. IV, 117.
Deductio in domum mariti IV, 36.
Defensor I, 349. 507. 511. 517.
Defunctus V, 9.
Delatio hereditatis V, 14.
Delegatio III, 239.
Deliberatio des Erben V, 383.
Delicta, als Gründe der Obligation III, 210. 547 ff.
Dementes ſ. Blödſinnige.
Demonstratio überhaupt I, 258. 278. — bei der Erbeinſetzung V, 63. 72. — falsa V, 72.
Depositio et obsignatio III, 226.
Depositum III, 311 ff.
— irregulare III, 318.
— miserabile III, 315.
— simplex III, 316.
Dereliction II, 74. 190.
Deſcendenten I, 175 ff. — bei der Ehe IV, 17. 18. — ihr Inteſtaterbrecht V, 237 ff. — als Notherben V, 195 ff. 218 ff. — als Pflichttheilsberechtigte V, 251 ff.
Desertio malitiosa IV, 96.
Deſertionsklage IV, 96.
Deſignation des Erben V, 9 ff.
Desuetudo I, 63.
Detention I, 598.
Deteriorationen II, 306.
Deunx V, 155.
Dextans V, 155.
Dictio dotis IV, 48.
Diebſtahl III, 547. Arten 549.
Dienſtbarkeiten ſ. Servituten.
Dies I, 298 ff.
— cedit, venit I, 302 ff.
— intercalaris I, 579. 580.
— bei Legaten V, 625.
— bei letztem Willen V, 77 ff.
Diffamation I, 417.
Diligentia III, 58. — quam quis suis rebus adhibere solet III, 65. 66. 68.
Disparagium I, 149. IV, 24.
Diſpenſation I, 52. — gegen Eheverbote IV, 31. 32.
Diſpenſationsrecht IV, 31. — Grenzen deſſelben IV, 32.
Diſpoſitionen, captatoriſche V, 49.
— letztwillige ſ. Teſtamente und Codicille.
— perplexe V, 55.
Dispositiones praeposterae V, 56.
Dissensus mutuus III, 236.
Divisio parentum inter liberos V, 296.
Divortium IV, 89. 95 ff.
Dodrans V, 155.
Dolus, bei der Ehe IV, 35. — bei Eiden I, 326. — bei Erfüllung der Obligationen III, 51. 63 ff. — Grund zur Restitutio in integrum I, 569. — bei Rechtsge-

ſchäften überhaupt I, 247. 257 ff. 470. III, 586.
Domicilium I, 199 ff.
Dominium, Begriff und Beſtandtheile II, 19. 21. — Beſchränkungen II, 25 ff. — Erwerb II, 70 ff. — Verluſt II, 180.
— civile, naturale II, 40. IV, 54.
— directum, utile II, 40. 292. N. 2. 309. N. 1.
— dormiens II, 411.
— ex jure Quiritium, in bonis II, 17.
— interimisticum II, 39.
— limitatum II, 39.
— perpetuum, temporale II, 39.
— plenum II, 39.
— revocabile II, 10. 39.
Dominus, dem Nießbraucher und Emphyteuta gegenüber II, 218. 294. 297.
Donatio III, 445 ff.
— ante nuptias IV, 77.
— inofficiosa III, 455.
— inter virum et uxorem IV, 41. 79 ff. II, 125.
— inter vivos III, 445 ff.
— mortis causa III, 459. V, 23.
— unter Eheleuten erlaubt IV, 80.
— omnium bonorum III, 457.
— propter nuptias IV, 77 ff. 99. 100. 101. 108.
— remuneratoria III, 457.
— sub modo III, 458.
Dos, Begriff IV, 42 ff. — Arten IV, 45 f. — Beſtellung IV, 46 ff. — Rechte des Mannes IV, 51. — der Frau IV, 53. — Reſtitution IV, 54.
— adventitia IV, 46.
— aestimata IV, 72.
— per acceptilationem constituta IV, 76.
— profectitia IV, 55. 57. 58.
— receptitia IV, 46. 79. 100.
— voluntaria, necessaria IV, 46.
Dotalgelder, Sachen, die davon angeſchafft II, 46.
Dotaljahr IV, 61.
Dotalitium IV, 78.
Dreſchen II, 83.
Dreſchtenne II, 26.
Duplik I, 382. 472.
Dupondius V, 155.

E.

Edicta magistratuum I, 54.
— principum I, 55.
Edictum Aedilium wegen Mängel III, 354.
— Praetoris V, 17.
Edition der Teſtamente V, 117. — der Urkunden III, 702.
Editionseid III, 704.
Ehe, Begriff und Arten IV, 3. 5. — Aufhebung IV, 88 ff. — Eingehung, deren Erforderniſſe IV, 34 ff. — deren Form IV, 37 ff. — Folgen IV, 38 ff.
— putative IV, 110.
— als Sacrament IV, 94.
— zur linken Hand IV, 111.
— zweite IV, 106. 108.
Ehebrecher IV, 26.
Ehebruch, nach Römiſchen Grundſätzen IV, 93. — nach heutigen Grundſätzen IV, 95. 115.
Ehefrau, Rechte derſelben in Bezug auf die Perſon IV, 38. 39. — Rechte derſelben in Bezug auf das Vermögen IV, 53 ff. 58. — ihr Pfandrecht II, 343. 383. ſ. auch Witwe.
Ehegatten, deren Schenkungen IV, 79 ff. — deren Erbrecht V, 533.
Ehegelöbniß IV, 5 ff.
Ehehinderniſſe IV, 14 ff. — abſolute IV, 15 ff. — aufſchiebende IV, 26 ff. — relative IV, 17 ff. — vernichtende IV, 15 ff.
— des Moſaiſchen Rechts IV, 33 ff.
Ehemann, deſſen Rechte, perſönliche IV, 38. 39. — deſſen Vermögensrechte IV, 51 ff. — deſſen Pfandrecht II, 345.
Eheſcheidung IV, 88. 91 ff. — deren Folgen IV, 97 ff. — Römiſche Grundſätze IV, 91 ff. — heutiges Recht IV, 93 ff. — Folgen in Bezug auf die Kinder IV, 101. — Strafen IV, 99 ff.
Eheverbote ſ. Ehehinderniſſe.
Eheverträge IV, 84 ff.
Ehre, bürgerliche und vorzügliche I, 151. III, 570.
Ehrenerklärung III, 579.
Ehrenverletzung ſ. Injuria.
Ehrenvormund IV, 201.
Ehrloſigkeit ſ. Infamia.
Eid, Arten I, 320 ff. — Formen I, 329.
— aſſertoriſcher I, 322. 495. III, 85. 478 ff.
— außergerichtlicher I, 321. 322. 330. III, 478 ff.
— promiſſoriſcher I, 321.

Eigenthum ſ. Dominium.
— prätoriſches II, 18. 191.
Eigenthümer ſ. Dominium, Dominus.
Einheit, juriſtiſche, zwiſchen Erbe u. Erblaſſer V, 585 ff. 437 ff. — zwiſchen Vater und Kind IV, 128. 130.
Einrede ſ. Exceptio.
Einwilligung bei Rechtsgeſchäften u. Verträgen ſ. Willenserklärung. — bei Verlöbniſſen IV, 7. — bei der Ehe IV, 34. — des Vaters zur Ehe IV, 28 ff.
Eiſerner Brief III, 279.
Eiſern Inventarium III, 396.
— Vieh III, 396.
Eltern, Rechte gegen die Kinder: bei geſetzmäßiger Abſtammung IV, 159. — bei ungeſetzmäßiger IV, 161. ſ. auch Aſcendenten, Vater.
Emancipatio IV, 154 ff. — Anastasiana IV, 155. — Justinianea IV, 155 ff. — minus plena IV, 158 ff.
Embryo I, 120 ff.
Empfangſchein beim Darlehn III, 294. ff. — bei der Dos IV, 55 ff.
Empfehlungen III, 424.
Emphyteusis II, 290 ff. III, 398 f. — ecclesiastica II, 294. N. 5. III, 398 f.
Emtio, venditio ſ. Kauf.
— spei, rei speratae III, 335.
Emtor familiae V, 37. 133.
Endtermine bei dinglichen Rechten II, 8. — bei letztem Willen V, 81 ff. — bei Obligationen III, 261. — bei Prädial=Servituten II, 39. ſ. auch Dies.
Enterbung V, 22. 202. 212 ff. ſ. auch Exheredatio.
Entführung IV, 26.
Entſagung, überhaupt I, 319.
— bei der Emphyteusis II, 203.
— der Erbſchaft V, 376. 491.
— des Pfandrechts II, 414.
— der Privilegien I, 319. 355. N. 4.
— bei Servituten II, 272.
— der Wohlthat des Scti Vellejani III, 534.
Entwendung ſ. Furtum.
— unter Ehegatten IV, 84.
Episcopus IV, 168. V, 61.
Erbe, geſetzlicher V, 12. 305 ff. — teſtamentariſcher V, 131 ff. ſ. auch Heres.
Erbeseinſetzung, im Allgemeinen V, 151 ff. — ihrer Nothwendigkeit nach V, 194. 207. V, 64. 65. 124. 125.
Erbfolge, geſetzliche V, 12. 305 ff.
— teſtamentariſche V, 131 ff. ſ. auch Successio.
Erblaſſer V, 9.
Erbpacht ſ. Emphyteusis.
Erbrecht V, 6 ff. 8.
Erbſchaft V, 6 ff.
— Anfall V, 14.
— Antretung V, 14. 376. 378 ff.
— Ausſchlagung V, 376. 491.
— Erwerb V, 372 ff.
— Theilung V, 14. 449 ff.
— Verluſt V, 490 ff. ſ. auch Hereditas, Successio.
Erbſchaftskauf III, 367. V, 429.
Erbſonderungsklage V, 14. 449 ff.
Erbverträge III, 184. V, 431.
Erfüllung der Bedingungen und des Modus I, 291. 304. V, 97. 113.
— der Obligationen III, 220 ff.
Erfüllungseid ſ. Juramentum u. Eid.
Erkenntniß ſ. Urtheil.
Erlaß ſ. Entſagung.
Eröffnung der Teſtamente V, 115.
Error ſ. Irrthum.
— calculi I, 499. III, 675. V, 455.
— conditionis IV, 35.
— falsae causae II, 114. V, 47.
— fortunae IV, 36.
— juris I, 254. 260. III, 657. 661.
— personae IV, 35.
— qualitatis IV, 36.
Erſitzung, Begriff, Geſchichte II, 83 ff. — ordentliche II, 96. 106 ff. — außerordentliche II, 96. 143 ff. — Erforderniſſe II, 106 ff. 143 ff. — Gegenſtände II, 98 ff. 124 ff. — Unterbrechung II, 140 f.
— bei der Emphyteusis und Superficies II, 300 ff. 312.
— der Freiheit II, 74.
— der Servituten II, 264.
Erwerbungsarten des Eigenthums II, 71. 72.
Erziehung des Pupillen IV, 186.
Erziehungsrecht der Eltern IV, 160.
Essentialia der Rechtsgeſchäfte I, 245.
Eviction III, 91. 94.
— beim Erbſchaftskauf V, 434. N. 7.
Exceptio überhaupt I, 465. 473.
— annua I, 560.
— dilatoria, peremtoria I, 468.
— divisionis der Bürgen III, 518. 525. — bei Correal=Obligationen I, 468. III, 15.

Exceptio doli I, 253. 470. III, 590.
— dominii II, 197.
— excussionis bei Bürgen III, 517. 525.
— — des Pfandinhabers II, 407. 408.
— — beim Tutor IV, 210.
— facti, juris I, 473.
— in rem scripta I, 470.
— jurisjurandi III, 483.
— laesionis enormis III, 366.
— metus I, 250. III, 585.
— nominata I, 470.
— non impleti contractus III, 164. V, 440.
— non numeratae dotis III, 298. IV, 55 ff.
— — — pecuniae III, 296 ff.
— ob- et subreptionis I, 65.
— ordinis II, 407. 408. III, 517. IV, 210.
— rei et personae cohaerens I, 250. 469. III, 277. 512.
— rei venditae et traditae II, 59.
— — judicatae I, 502. 503. 505. 513. 520. III, 272 ff.
— SCti Macedoniani III, 304 f.
— — Vellejani III, 528. 530.
— solutionis I, 465. III, 220 f.
— spolii III, 611.
— temporalis I, 423. 469.
Exception, ihr Uebergang auf und gegen die Erben I, 469.
— ihre Wirkſamkeit in Bezug auf Obligationen III, 215 ff.
Exceptionalhandlung I, 380.
Excusationes der Tutoren IV, 177 ff. 219 ff.
— necessariae, voluntariae IV, 179 ff.
Execution I, 509 ff.
Executor testamenti V, 129 ff.
Exercitor navis I, 413. III, 435.
Exheredatio V, 22. 202 ff. 212 ff.
— Gründe derſelben in Bezug auf Aſcendenten V, 229 ff. — auf Deſcendenten V, 221 ff.
— bona mente V, 233.
— inter ceteros V, 214. 217.
— nominatim V, 215.
Exhibition III, 698.
Existimatio I, 151.
Expensae I, 244. ſ. Impensae.
Expromissio III, 239. 509.

F.

Fabricenses V, 371.
Factio testamenti V, 26 ff. — activa, passiva V, 26.
Factoren III, 437.
Falsum V, 65.
Fauſtpfand II, 319. III, 501.
Fenſterrecht II, 26. 214.
Fictio I, 488.
— legis Corneliae V, 244.
Fideicommissarius V, 20. 529. 650.
Fideicommissum V, 20. 264. 548 ff. 619 ff.
Fidejussio ſ. Bürgſchaft.
— indemnitatis III, 511.
— succedanea III, 512.
Fides, bona bei der Verjährung I, 442. — bei der Usucapio des Eigenthumes II, 111. — der Servituten II, 266.
— mala, superveniens I, 442. II, 113.
Fiduciarius V, 650.
Filiifamilias I, 126. 166. — beſonders ihre Darlehen III, 304 ff. — ihre Teſtamente V, 38 ff. — ihre Verträge III, 167. 174.
Finden II, 166.
Fiſcherei, als Erwerbart des Eigenthumes II, 75.
— in Flüſſen I, 226. 227.
— im Meere I, 224.
Fiscus I, 211.
— deſſen Erbrecht V, 372.
— — Pfandrecht II, 392. 378.
— — Privilegien bei Cautionen I, 375. — bei der Ceſſion III, 36. — bei der Compenſation III, 271. — beim Concurſe III, 151. — bei der Erſitzung II, 133. 144. — bei Veräußerungen III, 145. 369. N. 2. 645.
— deſſen Zinſen III, 110.
Flüſſe, öffentliche I, 226. II, 146. N. 1.
— ſchiffbare I, 227.
Fluß-Bett II, 148.
— Inſeln II, 149.
Foenus nauticum III, 291.
Forderungen ſ. Obligationen.
Form der Rechtsgeſchäfte, überhaupt I, 271. — der Codicille V, 556. — der Ehe IV, 37 ff. — der Eide I, 329 f. — der Teſtamente V, 131 ff. 137. — der Verträge III, 203 ff.
Form der Rechtsgeſchäfte, nach welchen Geſetzen ſie beurtheilt wird I, 113.
Formula I, 384.
— in factum, in jus concepta I, 400. III, 482.

Frauen, deren Begünſtigungen und Beſchränkungen I, 131 ff. — deren Bürgſchaft III, 527.
Freie I, 124.
Freigelaſſene I, 135.
Fremde I, 125. 129. V, 29. 32.
Fruchterwerb ſ. Früchte.
Fruchtjahr bei der Dos IV, 62.
Fructuum perceptio ſ. Früchte.
Früchte, Arten I, 238. 426.
— deren Erwerb beim Bonae fidei possessor II, 179 ff. — bei der Dos IV, 52. — beim Emphyteuta II, 187 ff. — beim Uſufructuar II, 187.
— deren Reſtitution bei der Dos IV, 61 ff. — bei der Rei vindicatio II, 56.
— inwiefern ſie mit verpfändet II, 323.
— inwiefern ſie zwiſchen Käufer und Verkäufer getheilt werden III, 342.
Fundamentum agendi I, 414.
Fundus dotalis IV, 52.
Furcht ſ. Metus.
Furiosi I, 141. 620. — bei der Ehe IV, 31. — bei Erbantretungen V, 426. — bei Verträgen III, 164.
Furtum III, 547 ff. — Arten III, 549.
— possessionis bei der Usucapio II, 129. 130.

G.

Gaſtwirthe III, 687. 710.
Geburt, eheliche I, 144 ff. — uneheliche I, 148 ff. — rechtliche Wirkungen dieſes Unterſchiedes I, 148 f.
Gefahr beim Kauf III, 342. 345. 347. ſ. Casus, Periculum.
Gefangenſchaft IV, 88. 92. 155.
Gegenbeweis I, 485. — inwiefern er zuläſſig I, 488. — ob bei der Exceptio non numeratae pecuniae II, 295. 300. — bei Quittungen III, 226.
Geiſtliche I, 169.
Geldſchulden III, 47 ff.
Gelegenheitsgeſchenke IV, 83.
Gelübde III, 690.
— der Keuſchheit IV, 92. 94.
Gemeinden ſ. Corporationen.
Gemeinſchaft ſ. Communio.
Genehmigung I, 318. III, 677. 683.
Gentiles V, 320.
Gerichtsgebrauch I, 84. 97 ff.
Geſchäfte ſ. Rechtsgeſchäfte.
Geſchäftsführung III, 676 ff.
— der juriſtiſchen Perſonen I, 207 ff.
Geſchlecht I, 130.
Geſchlechtsgemeinſchaft, außereheliche IV, 112.
Geſchwiſter, deren Erbfolge V, 334. 335. 319 ff. — Recht auf den Pflichttheil V, 251. 278.
— vollbürtige und Halbgeſchwiſter I, 180. 181.
Geſellſchafts-Vertrag III, 399.
Geſetz I, 53.
Geſetze, deren Anwendung nach dem Ort und der Zeit I, 100. 110 — 115. — analoge I, 105 ff.
— deren Aufhebung I, 62. 109.
— — Interpretation I, 66 ff.
— — Publication und Wirkſamkeit I, 57 ff.
— — Verhältniß zu frühern Geſetzen I, 101 ff.
— ſ. Lex und Jus.
— über die Ehe V, 4.
Geſetzgebung, ihr Verhältniß zum Gewohnheitsrecht I, 82. 83.
Geſtändniß I, 493. 522.
Gestio pro herede V, 382.
— negotiorum III, 676 ff.
— des Tutor IV, 196.
Geſundheit des Geiſtes I, 141 ff. — des Körpers I, 139 ff.
Getreide auf dem Halm III, 339.
Gewährleiſtung, wegen Anſprüche Dritter III, 90 ff.
— bei der Erbtheilung V, 455.
— wegen Mängel III, 254.
— beim Pfande II, 371.
— bei der Schenkung III, 449.
— wer als Auctor anzuſehen ſei III, 98.
Gewahrſam I, 598.
Gewalt, herrſchaftliche I, 125 ff. — väterliche I, 125 ff. 166. IV, 113 ff. — als Grund der Stellvertretung I, 340 ff.
Gewiſſensvertretung I, 396.
Gewohnheitsrecht I, 80 ff.
— deſſen analoge Anwendung I, 110.
— — Beweis I, 96.
— — Erforderniſſe I, 86.
— — verbindende Kraft I, 91.
Gläubiger III, 3. ſ. Creditores.
Glücksverträge III, 336. 464 ff.
Grabmäler III, 629.
Grade der Verwandtſchaft I, 176. 192. — der Schwägerſchaft I, 194. 198.
Großjährige I, 138.

Großjährigkeitserklärung I, 138. III, 172. IV, 217.
Grundſtücke ſ. Immobilien.
Grundzins bei der Superficies II, 311.
Gülten, Gültenkauf III, 101.
Güterabtretung III, 280.

H.

Habitatio II, 238.
Halbgeſchwiſter I, 181. — ihr Erbrecht V, 358.
Handgeld III, 194.
Handlohn II, 297.
Handlungen, Arten I, 215 ff. — concludente I, 275. — unerlaubte I, 246. III, 210. 547 ff.
Handlungsbücher I, 169. 171. N. 7.
Handlungsfähigkeit I, 122. — der Gemeinheiten I, 205.
Haupteid I, 323.
Hauptſache I, 236.
Hauptſchuldner III, 7.
Haupturtheil I, 497.
Hauptvertrag III, 164.
Hebammen IV, 103.
Heirathsgut ſ. Dos.
Hereditas V, 6 ff. 8. (ſ. Erbſchaft.)
— jacens V, 8. 16.
— legitima V, 11.
— testamentaria V, 11.
Hereditatis petitio V, 408 ff.
— — Beweis V, 414.
— — partiaria V, 412 ff.
— — possessoria V, 595.
Heres V, 8. 135.
— ex asse V, 154 ff.
— ex certa parte V, 151. 156. 159.
— ex re certa, in re certa V, 152.
— extraneus V, 15. 88. 89.
— institutus V, 19.
— intestatus V, 11.
— legitimus V, 11.
— necessarius V. 15. 88. 185.
— primo, secundo etc. gradu V, 165.
— scriptus V, 11.
— secundus V, 145.
— sine parte V, 154. 156. 159. 161.
— suus V, 196.
— suus et necessarius V, 15.
— testamentarius V, 11.
— voluntarius V, 15. 88.
Hermaphroditen I, 130.
Hochverräther und deren Kinder V, 32. 221.
Homo sui et alieni juris I, 125. 166.
Honorar III, 389. 417. N. 4. 647.
Honorirte V, 25. 568. 570.
Hoſpitäler I. 213.
Hypotheca II, 319. ſ. Pfandrecht.

J.

Jactus lapilli III, 621.
Jagd II, 75. I, 618.
Jahr I, 578 ff.
Identität der Klagen und Perſonen bei Urtheilen I, 505 ff. 513.
Illata II, 354.
Illation der Dos IV, 55.
Immissio ex primo, secundo decreto III, 704.
Immobilien I, 228.
Impedimenta matrimonii IV, 14 ff. — dirimentia IV, 15. 24. ff. — impedientia IV, 26.
Impensae I, 242 ff.
— bei der Dos IV, 69.
— bei der Rei vindicatio III, 263.
Imploration I, 541.
Impotenz IV, 15. 26. 92.
Impuberes I, 133 ff. — deren Arrogation IV, 125. — deren Eide I, 324. — Erſitzung gegen ſie II, 100. 144. — ihr Pfandrecht II, 347. 352. — ihre Teſtamente V, 30. — ihre Verträge III, 165. — inwiefern ſie Beſitz erwerben I, 620. — inwiefern ſie ein Furtum begehn können III, 549. — inwiefern ſie Injurien zufügen können III, 573. ſ. auch Tutela.
Indebitum III, 654.
Indulte, päpſtliche IV, 31.
Infamia, Begriff I, 151 ff. — Entſtehung I, 153 ff. — Wirkungen I, 158 ff. — Aufhebung I, 160 ff.
— des Deutſchen Rechts I, 165.
— facti I, 161.
— juris I, 153.
— mediata, immediata I, 153.
Infantes I, 133. 135. 620. III, 105. V, 379. ſ. auch Kinder.
Infirmation I, 310.
Injuria III, 570. — Begriff 570. — Arten 573 ff. — Klagen 575 ff.
— im Sinne der Lex Aquilia III, 558.
— testamentorum V, 228.
Inofficioſität der Teſtamente V, 248.
Inſeln II, 149.
Inſinuation der Schenkungen III, 450.
Institor I, 317. III, 437.
Institutio heredis ſ. Erbeinſetzung.
— der Notherben V, 207.

Institutio turpis V, 62.
Inſtitutionen I, 7. 14 ff.
Instrumenta dotalia IV, 84.
Instrumentum I, 497. — indiscretum III, 662.
Intercesſionen III, 507 ff. — Arten III, 509 ff. — der Frauen III, 527 ff.
Interdicta I, 404. — Arten I, 407.
— bei der Emphyteusis III, 602.
— bei Servituten III, 600 ff.
— bei der Superficies III, 602.
Interdictum de aqua ex Castello III, 651.
— de aqua quotidiana et aestiva III, 605.
— de arboribus caedendis II, 25. 28.
— de cloacis III, 602. 651.
— de fonte III, 607.
— de glande legenda II, 28.
— de itinere III, 602.
— — — reficiendo III, 604.
— de liberis exhibendis et ducendis IV, 153.
— de libero homine exhibendo III, 649.
— de loco publico fruendo III, 651.
— de migrando III, 648.
— demolitorium III, 617.
— de mortuo inferendo III, 629.
— de precario III, 598.
— de ripa munienda III, 651.
— de rivis III, 606.
— de sepulcro aedificando III, 629.
— de superficiebus III, 602.
— de tabulis exhibendis III, 703. V, 117.
— de via publica III, 650.
— fraudatorium III, 642.
— ne quid in flumine publico III, 650.
— ne quid in loco publico vel itinere fiat III, 649.
— ne quid in loco sacro III, 649.
— ne vis fiat ei, qui in possessionem III, 634.
— quod legatorum V, 643.
— quod vi aut clam III, 620.
— quorum bonorum V, 619.
— Salvianum II, 410.
— unde vi III, 595.
— uti possidetis III, 592.
— utrubi III, 594.
Intereſſe III, 81. — deſſen Erſatz III, 83. — Mangel deſſelben III, 256.
Interitus rei II, 283. III, 252.
Interlocutionen der Kaiſer I, 55.
— im Proceß I, 497.
Interpellation III, 139.
Interpositio auctoritatis IV, 194 ff.
Interpretatio duplex I, 80.
Interpretation der Geſetze I, 66 ff.
— der Privilegien I, 353.
— der Rechtsgeſchäfte I, 314.
— des letzten Willens V, 121 ff.
Interrogatio in jure I, 524. 526.
Interusurium III, 146. V, 610.
Intestabiles lege V, 30. 31.
Inteſtaterbfolge V, 305 ff. — deren Geſchichte V, 319 ff.
Inventarium der Erbſchaft V, 13. 386. 388.
— des Pupillen-Vermögens IV, 183.
— ob es mit verkauft III, 350.
Irrthum I, 251 ff. — Begriff 254 ff. — rechtliche Folgen 255 ff.
— als Grund der Restitutio in integrum I, 559.
— bei der Ehe IV, 35.
— bei Eiden I, 326.
— bei der Erbeseinſetzung V, 70.
— bei der Erſitzung II, 114.
— bei der Tradition III, 175.
— bei Vergleichen III, 488.
— im Beweggrunde I, 258.
Iter II, 248.
Juden I, 170.
Judex I, 384. 385.
— qui litem suam facit III, 636.
Judicium I, 402.
— duplex I, 411. III, 596. 677.
— publicum bei der Infamie I, 156.
— rescindens, rescissorium, restitutorium I, 541.
Jura legitima IV, 157.
Juramentum affectionis III, 87.
— calumniae I, 323. 325. V, 118.
— in litem I, 321. III, 85 ff.
— veritatis III, 89.
— Zenonianum III, 87. ſ. Eid.
Jus ſ. Geſetz, Recht.
— abstinendi V, 375. 494.
— accrescendi V, 484 ff. 512. — bei Legaten V, 640 ff.
— capiendi V, 33.
— civile, gentium I, 50.
— — honorarium I, 53.
— commune, particulare I, 50.
— consuetudinarium I, 53 ff.
— deliberandi V, 383.
— generale, singulare I, 52 ff. 350 ff.
— liberorum V, 324.

Jus naturale I, 50.
— offerendi II, 363. 397. 406.
— poenitendi III, 321.
— postliminii II, 76. V, 244.
— protimiseos II, 297. III, 539.
— reficiendi bei Servituten III, 604. 606.
— scriptum I, 53 ff. — non scriptum I, 80 ff.
— succedendi V, 8.
— — bei der Querela inofficiosi test. V, 267.
— testamenti faciendi V, 34.
Jusjurandum ſ. Eid.
Justitium I, 440.

K.

Kaperbrief II, 75.
Kaperei II, 75.
Kauf III, 331 ff.
— in Bauſch und Bogen III, 340.
— einer Erbſchaft III, 367. V, 429.
— einer Forderung III, 366. ſ. Ceſſion.
— nach Maß, Zahl, Gewicht III, 340. 345.
— auf Probe III, 341. 347.
— einer zukünftigen Sache III, 335.
Kauf bricht Miethe III, 384.
Käufer, beſſerer III, 540.
Kaufleute I, 169.
Kaufpreis III, 337.
Ketzer I, 172.
Kinder ſ. Infantes, Descendenten. — adoptirte, arrogirte IV, 115. 119. V, 337. — eheliche I, 144. 148. 149. IV, 159. — nachgeborne ſ. Postumi. — natürliche IV, 111. 115. V, 366. — in putativer Ehe erzeugte I, 147. IV, 110. — uneheliche I, 148. 150. 165. IV, 161. V, 339.
— deren Pfandrecht am Vermögen der Eltern II, 346.
Kirchen I, 213. V, 41. 371.
Klagbarkeit der Verträge III, 203.
Klagen ſ. Actio.
— benannte, unbenannte I, 399.
Klaſſen im Concurs I, 158.
Kleidungsſtücke II, 222. 230. IV, 192.
Klöſter I, 213. IV, 41.
Koſten ſ. Impensae.
Krankheit I, 139. IV, 222.
Kriegsbefeſtigung I, 474.
Kriegscontrebande II, 177.
Kriegsſchäden III, 714.
Kritik des Textes I, 70.
Kündigung bei Obligationen III, 274.
— bei der Societät III, 412.
— beim Mandat III, 431.

L.

Laesio bei der Restitutio in integrum I, 535.
— enormis beim Kauf III, 364. — beim Vergleich III, 496.
Laudemium II, 297. III, 473.
Lebensfähigkeit I, 118.
Lebensnachſtellung IV, 95. 96.
Legatum, Begriff V, 513 ff. — Geſchichte V, 543 ff. — Erwerb V, 393 ff. 623 ff. — Verluſt V, 645 ff. — Zurücknahme V, 594 ff. — wer es errichten V, 567. — wer damit beſchwert werden kann V, 569.
— ademtum V, 594.
— alimentorum V, 590.
— alternativum V, 592.
— annuum V, 589. 611. 628.
— debiti V, 584.
— dotis V, 586.
— generis V, 591.
— liberationis V, 583.
— nominis V, 583.
— optionis V, 591.
— partitionis V, 588.
— peculii V, 587.
— per damnationem V, 546. 639.
— per praeceptionem V, 546.
— per vindicationem V, 546.
— poenae nomine relictum V, 51 ff.
— reditus II, 232.
— rei alienae V, 576.
— rei propriae des Legatars V, 577.
— servitutis V, 581.
— sinendi modo V, 547.
— translatum V, 597.
— ususfructus V, 581.
Leges edictales I, 55.
— restitutae I, 21.
Legis actio I, 383.
Legitimatio IV, 115 ff. — Erforderniſſe IV, 116. — Wirkungen IV, 118. — plena IV, 116. I, 165. — minus plena I, 165. IV, 116.
— per oblationem curiae IV, 116. 118.
— per rescriptum IV, 117.
— per subsequens matrimonium IV, 117.
— per testamentum IV, 118.
Legitimität IV, 88.

Lehrer der Wiſſenſchaften IV, 181.
Leichenkoſten im Concurs III, 155.
Leihvertrag III, 307 ff.
Levis notae macula I, 161.
Lex Anastasiana III, 38.
— Aquilia III, 558.
— Cincia III, 450.
— commissoria II, 365. 374. III, 543 ff.
— Cornelia III, 577.
— Falcidia V, 605.
— Genucia III, 103.
— Julia de adulteriis IV, 52.
— — de fundo dotali IV, 52.
— — et Papia Poppaea IV, 105. V, 91.
— — de vicesima hereditatum V, 115.
— Junia Velleja V, 209.
— Rhodia de jactu III, 711.
— Scribonia II, 264.
Lex, Begriff und Arten I, 59 ff. ſ. Geſetz.
Liberi ſ. Kinder.
— naturales I, 148. 150. — ihr Erbrecht V, 44. 366.
Libripens V, 133.
Linie I, 175. V, 314. 317. — bei der Affinität I, 194.
Literalcontract III, 206. 296.
Literatur des Römiſchen Rechts I, 29 ff.
Litigioſität I, 481.
Litis contestatio I, 386. 474 ff. — Wirkungen I, 475 ff. — unterbricht nicht die Usucapio I, 480. II, 141. — verſetzt nicht in Mora I, 478. 479. III, 138.
— denunciatio III, 97.
Locatio, conductio III, 370. — irregularis III, 394. — operarum III, 387. — rerum III, 372.
Locus contractus I, 114.
— publicus I, 225.
— religiosus I, 220. 221.
Löwengeſellſchaft III, 400.
Loos I, 370. III, 667.
Lucrum cessans III, 82.
— nuptiale IV, 133.

M.

Macula, levis notae I, 161.
Mäkler III, 692.
Magister navis I, 347. 412. III, 435.
Magistratus I, 383. 207.
Mahlſchatz IV, 11.
Majores I, 138.
Malefici bei der Exheredatio V, 221.
Malen II, 161.
Mancipatio familiae V, 133 ff.
Mandata principum I, 55. 64.
Mandator III, 420.
Mandatum III, 416 ff. — Arten 418. — custodiae III, 311. — qualificatum III, 420. 425.
Manumissio testamentaria V, 21. 64.
Marktbrief II, 77.
Maternität IV, 115.
Matrimonium IV, 4 ff. — justum, legitimum, ratum IV, 4. 5. — putativum IV, 110.
Meer, Meeresufer I, 223.
Mensis intercalaris I, 579 ff.
Mensores III, 647.
Merces III, 375. 378. 382. 390.
— peculiares IV, 148.
Metallgraben II, 24. N. 1. 29. N. 5.
Metus überhaupt I, 249 ff. III, 581 f. — bei der Ehe IV, 35. — bei Eiden I, 326. — bei der In integrum restitutio I, 559. — bei letztem Willen V, 45. 237. — reverentialis IV, 35.
Miethscontract III, 370 ff.
Miles ſ. Soldat.
Militia II, 358. 387.
Milliaria IV, 178.
Minderjährige I, 132 ff. 136. — Erſitzung gegen ſie II, 100. — ihr Pfandrecht II, 347. 352. — ihre Veräußerung III, 172. — ihre Verträge III, 171. 421. N. 2. — in Betreff der Verjährung I, 436. — Restitutio in integrum I, 550. ſ. auch Cura.
Minderungsklage III, 359.
Minores ſ. Minderjährige.
Mißbrauch des Miethers III, 383.
— des Pfandgläubigers II, 413.
— des Privilegii I, 354.
— des Uſufructuars II, 287.
Mißgeburt I, 117.
Missilia II, 176.
Missio in possessionem I, 512 ff. 570.
— — — bei Erbſchaften I, 573.
— — — bei Legaten I, 572.
— — — beim Pfandrecht II, 338 ff.
— — — damni infecti nomine I, 573. 574. III, 707.
— — — ex edicto Carboniano IV, 214. V, 425.
— — — rei servandae causa I, 571.

Missio in possessionem ventris nomine IV, 214. V, 427.
Mißheirath I, 149. IV, 24.
Miteigenthum I, 366. II, 38. — deſſen Theilung III, 663.
Miterben V, 74. 437. 449 ff. 488 ff.
Mobilien I, 228.
Modus überhaupt I, 303 ff.
— acquirendi II, 6 ff.
— bei letztem Willen I, 304. V, 112.
— bei Schenkungen III, 458.
Mönche IV, 168.
Monat I, 577 ff.
Monstrum I, 117.
Mora, Begriff III, 137. — Aufhebung III, 147.
— accipiendi III, 141.
— contradictionis IV, 178.
— solvendi III, 138.
Moratorium III, 279. I, 439.
Mortis causa capio V, 23.
Moventia I, 228. 230.
Mündelgüter, deren Veräußerung IV, 189.
Mündige ſ. Minderjährige.
Münze III, 47 ff.
Münzfuß III, 49.
Münzveränderung III, 49.
Munus I, 206.
Mutuum III, 282 ff.

N.

Nachkommen I, 175.
Nachlaßverträge III, 231.
— Zwang dazu III, 235.
Nasciturus I, 120.
Naturalia der Rechtsgeſchäfte I, 265.
Naturrecht I, 48. 50.
Navicularii V, 370.
Nebeneid I, 323.
Nebenſache I, 236.
Nebenurtheil I, 497.
Nebenvertrag III, 164.
Negotiorum gestio III, 676.
Nichtgebrauch bei Privilegien I, 355. N. 5.
— bei Servituten II, 273 ff.
Nießbrauch II, 217 ff.
— der Eltern V. 312. 357.
— des Vaters IV, 139.
Nominatio auctoris II, 148.
Nominatores IV, 207. 208.
Notariats-Ordnung I, 29. V, 148. 282.
Notherben V, 195 ff. — des prätoriſchen Rechts V, 215.
Nothwehr I, 378.
Notorietät I, 487. N. 4.
Novatio III, 238 ff. — Arten 239. — Erforderniſſe 240. — Wirkungen 246.
Novelle 115. V, 195 ff. 218 ff.
Novellen I, 8. 11. — ihre Zeitfolge I, 16.
Novi operis nunciatio III, 613.
Noxae deditio des Kindes, Sclaven, Thieres I, 348. 410. III, 715.
Nullität der Rechtsgeſchäfte I, 307.
— der Teſtamente V, 236 ff.
Numeratio dotis IV, 49.
Nuncupatio testamenti V, 133.
Nuptiae justae IV, 115. — injustae IV, 115.

O.

Obervormundſchaft IV, 167.
Object des Beſitzes I, 611.
— der Obligationen III, 40 ff. 188 ff.
— der Rechtsgeſchäfte I, 269.
Obligatio accessoria, principalis III, 7.
— alternativa III, 44. 343.
— civilis, honoraria III, 6.
— civilis naturalis III, 4. 5.
— consensu III, 206.
— correalis III, 7 ff.
— ex contractu III, 160.
— ex delicto III, 210. 547.
— generis III, 41. 44 ff. 252. N. 4.
— literis III, 206.
— quasi ex contractu III, 213. 653 ff.
— quasi ex delicto III, 213. 684.
— re III, 205.
— verbis III, 204.
Obligationen, deren Begriff I, 361. III, 3.
— Aufhebung III, 215 ff.
— Begründung III, 160 ff.
— Objecte III, 40.
— Subjecte III, 7.
Obmann III, 473.
Obſervanz I, 85.
Occupatio II, 74 ff. — bellica II, 75.
Oeconomia separata IV, 159.
Oeconomus V, 61.
Officium paternum eine Dos zu beſtellen IV, 47.
Omissio hereditatis V, 491. 493.
Onerirte V, 25. 569.
Operae locatae, conductae III, 287. — liberales III, 390. — illiberales III, 390.

Operae servorum, animalium II, 215.
Operis novi nunciatio III, 613.
Oratio Antonini Caracallae IV, 80. 82.
— Septimii Severi IV, 189. 315.
Orbus V, 34.
Ordensgeiſtliche IV, 16. V, 40.
Ordo judiciorum I, 484.
Ornamenta beim Thierkauf III, 358. N. 3. 360.
Ort, nach deſſen Geſetzen Perſonen und Sachen beurtheilt werden I, 110. — der Erfüllung der Obligation III, 133. — wo Eide abzuleiſten I, 329. — der Rückgabe der Dos IV, 67.
Osculum interveniens IV, 13.

P.

Pacht und Miethvertrag III, 370 ff.
Pacta III, 163. ſ. Verträge.
— adjecta III, 207. 537 ff.
— dotalia, nuptialia IV, 84 ff.
— in favorem tertii III, 158.
— legitima III, 208.
— nuda III, 209.
— praetoria III, 209.
— vestita III, 209.
Pactum antichreticum II, 364. III, 545 ff.
— commissorium beim Kauf II, 12. III, 543 ff.
— — beim Pfand II, 365.
— de mutuo dando III, 210.
— de non alienando II, 34.
— de non petendo III, 231.
— de quota litis III, 184.
— de retro vendendo III, 539.
— — — emendo III, 539.
— displicentiae III, 537.
— hypothecae II, 333. III, 506.
— protimiseos III, 539.
— reservatae hypothecae III, 538.
— reservati dominii II, 173. III, 538.
Pagani I, 168.
Palatini III, 374.
Pandekten I, 7. 14.
Paraphernalien IV, 38. 41. 78. 101.
Pars legitima V, 248.
Partus ancillae I, 241. II, 116.
— vitalis I, 118.
Pasquill III, 574.
Pater I, 145. ſ. Vater.
Paterfamilias I, 125. 166.
Paternität IV, 133.
Patientia domini II, 213.
Patriciat IV, 155.
Patrimonium populi I, 225.
— universitatis I, 205.
Patron deſſen Pflichttheil V, 536. 538.
Pauperies III, 714.
Pecora partiaria I, 390.
Peculium adventitium extraordinarium IV, 142.
— adventitium ordinarium IV, 136. 139.
— castrense IV, 132. 134. 137. V, 306.
— militare IV, 136. 138.
— profectitium IV, 135. 136. III, 449. I, 346.
— quasi castrense IV, 132. 134. 138. V, 306.
Pecunia compromissa III, 474.
— constituta III, 497.
— foenebris III, 289.
— trajectitia III, 290 ff.
Pensio II, 296.
Peregrini I, 125. 129. V, 29. 32.
Periculum III, 78.
Permutatio III, 335.
Persecutio I, 389. 390. ſ. Actio.
Perſönlichkeit I, 116. — Anfang, Bedingungen, Ende I, 117 ff.
Persona incerta IV, 171. V, 59 ff.
Perſonal-Servituten II, 214 ff.
Perſonen, juriſtiſche I, 117. 200 ff. V, 41.
— phyſiſche I, 116. 117 ff.
Pertinenzen I, 237 ff. II, 218. III, 350.
Petitio hereditatis ſ. Hereditatis petitio.
Petitum I, 415.
Pfand, deſſen Verkauf II, 366.
Pfandgläubiger, deren Rechte II, 364 ff.
— deren Colliſion II, 376 ff.
Pfandrecht, Begriff II, 314 ff. — Begründung II, 326 ff. — insbeſondere durch Geſetz II, 340. — Privatwillkür II, 329. — richterliche Verfügung II, 336. — Umfang II, 322 ff. — Untheilbarkeit II, 322. — Aufhebung II, 412 ff.
— allgemeines II, 320.
— beſonderes II, 320.
— geſetzliches II, 321.
— öffentliches II, 322.
— prätoriſches II, 321. 338.
— privilegirtes II, 321. 376 ff.
— ſtillſchweigendes II, 320.
— ſ. Pignus.

Digitized by Google

Pfandvertrag III, 501 f.
Pfarrer, competenter IV, 37.
Pflanzen II, 155.
Pflicht, eheliche IV, 39.
Pflichttheil V, 248 ff. 272 ff. — Größe deſſelben V, 252 ff. — Recht auf denſelben V, 251 ff. V, 271.
Pia corpora I, 213. V, 41.
Piae causae I, 213. V, 41.
Pignorum capio I, 512.
Pignus ſ. Pfandrecht.
— nominis II, 424.
— pignoris II, 421. 360.
Platzrecht II, 390.
Poenae caelibatus IV, 105.
— secundarum nuptiarum IV, 108.
Pollicitatio III, 690.
Portio legitima V, 248. ſ. Pflichttheil.
Possessio ſ. Beſitz.
— bonae fidei I, 604. II, 50. 180. V, 419 ff. 448. — malae fidei I, 601. II, 50. 180. V, 419 ff.
— civilis, naturalis I, 601.
— juris quasi possessio I, 640. II, 265.
— justa, injusta I, 603.
Possessio bonorum ſ. Bonorum possessio.
Possessor ſ. Possessio.
— fictus II, 48. 49. V, 411 ff.
— pro herede V, 412.
— pro possessore V, 413.
Possessorium ordinarium III, 607 ff.
— summarissimum III, 607 ff.
Postumi V, 41. 60. 61. 190. 191. 198.
— Aquiliani V, 208.
— Juliani V, 211.
— Salviani V, 211.
— sui, müſſen inſtituirt werden V, 198 ff. 206. 207.
— Vellejani V, 210.
Potestas, patria IV, 113 ff. 171. — Entſtehung IV, 114 ff. — Aufhebung IV. 153 ff.
Praedia dotalia IV. 52. 69. II, 98.
— rei dominicae II, 133. N. 1.
— vectigalia II, 291.
— vicina II, 238.
Prädial = Servituten II, 236 ff.
Praedium dominans II, 237. 240.
— rusticum I, 229. II, 353. 355. 240.
— serviens II, 237. 240.
Praedium urbanum I, 229. II, 353. 354. 240.
Praefectura praetorio IV, 155.
— urbi IV, 155.
Praejudicium I, 409.
— de agnoscendis liberis IV, 88. 102.
Praelegatum V, 152. 571. 586.
— dotis V, 571.
Praemium emancipationis IV, 157.
Praescriptio ſ. Verjährung.
— acquisitiva, exstinctiva I, 334.
— dormiens I, 439.
— immemorialis I, 335.
— mendaciorum I, 65.
— ob- et subreptionis I, 65.
Präſumtionen, deren Begriff und Arten I, 487.
Präterition V, 197 ff. 204.
Praxis I, 99.
Precarium III, 598 ff.
Pretium beim Kauf III, 337.
— affectionis III, 83.
Primipilaren II, 312. IV, 180.
Primipilarſchuld II, 378. 386.
Priorität der Pfandgläubiger II, 376. 378 ff.
Priſe, gute II, 77.
Priſengerichte II, 77.
Privation der Emphyteuſe II, 306.
— bei der Superficies II, 313.
Privationsklage II, 308.
Privilegia I, 52 f. 350 ff. — deren Aufhebung I, 355. — Auslegung I, 354. — Colliſion I, 353. N. 1. — Ertheilung I, 353. — Erwerb I, 353. — Wirkung I, 353 f.
— ad bene placitum I, 355.
— affirmativa, negativa I, 353.
— causae, personae I, 351. III, 35 ff. 154.
— exigendi III, 151. 152 ff. IV, 50. 111.
— favorabilia, odiosa I, 52.
— gratuita, onerosa I, 353.
— personalia, realia I, 353.
— ſ. Beneficium.
Probatio ſ. Beweis.
— causae V, 199.
Proceß I, 380 ff. — heutiger I, 380. — Römiſcher I, 383.
Proceßverjährung I, 446.
Proclamatio IV, 27.
Procurator ad litem III, 419. 425. 439.
— in rem suam III, 21. 420. 427. 430. 431.

Procurator omnium bonorum III, 418.
Prodigi I, 143.
Promissio dotis IV, 48.
Proprietät II, 20. 218.
Proteſtation I, 371.
— gegen die Erſitzung II, 142.
— gegen Schuldſcheine III, 295. 299. IV, 56.
— gegen die Verjährung I, 442.
Protocoll über Eröffnung der Teſtamente V, 117.
Protutor IV, 224 f.
Provocatio ex lege diffamari I, 417.
— ex lege si contendat I, 418. III, 578.
Proxeneta III, 692.
Proxeneticum III, 692.
Puberes ſ. Minderjährige.
Pubertas plena I, 137.
Publicani III, 581.
Publication der Geſetze I, 57.
— der Teſtamente V, 117. 137.
Punctation III, 202.
Pupillar-Subſtitution V, 174 ff.
Pupillen ſ. Impuberes.
Purgatio morae III, 145.

Q.

Quadrans V, 155.
Quadruplik I, 382. 473.
Quaestio eadem bei Urtheilen I, 505.
Quarta Divi Pii IV, 126. 158.
— Falcidia V, 91. 257. 605 ff.
— Pegasiana V, 660.
— Trebellianica V, 660.
Quaſi-Affinität I, 196. IV, 21.
Quaſi-Contracte III, 213. 653 ff.
Quaſi-Delicte III, 214. 684 ff.
Quaſi-Patronat IV, 157. 175.
Quasi-possessio juris I, 644 ff. II, 265. — deren Erwerb I, 644. — Rechtsmittel zum Schutz derſelben III, 600 ff.
Quasi-Traditio bei Servituten II, 259.
Quasi-Ususfructus II, 229. 258.
Querela inofficiosae donationis III, 456.
— inofficiosi testamenti V, 181. 232. 234. 235. 236. 259 ff. 273 ff.
— non numeratae pecuniae III, 297.
— non numeratae dotis IV, 56.
— nullitatis V, 233. 275.
Quincunx V, 155.
Quinquennel III, 279.
Quittungen III, 225 ff.
Quota litis III, 184.

R.

Rapina III, 557.
Raſende I, 141. ſ. Furiosi.
Rath, boloſer III, 423.
Ratihabitio I, 318. IV, 29. — bei der Negotiorum gestio III, 677. 683.
Ratio legis I, 106 ff. 109.
Raub III, 557.
Real-Contracte III, 205. — unbenannte III, 320 ff.
Real-Injurien III, 574.
Receptum arbitrii III, 468. 470.
— — der Schiffer und Wirthe III, 687. 710.
Rechnung der ſtädtiſchen Beamten I, 431.
Rechnungsfehler I, 499. III, 675. V, 455.
Recht, formelles, materielles I, 48 ff.
— natürliches, poſitives I, 48 ff.
— ſ. Geſetz, Jus.
Rechte, Aufhebung I, 232 ff.
— Begründung I, 232 ff. — beſonders durch Stellvertreter I, 339 ff.
— Concurrenz, Colliſion I, 368 f.
— Confuſion, Conſolidation I, 369.
— dingliche, perſönliche I, 359 ff. II, 2 ff. III, 2 ff.
— deren Objecte I, 357 ff.
— Sicherſtellung I, 371 ff.
— Subjecte I, 116 ff.
— Theilbarkeit I, 233.
— Verfolgung I, 377 — 529.
— Wiederherſtellung I, 529.
Rechte, inwiefern ſie unbeweglich I, 229.
Rechtloſigkeit des Deutſchen Rechts I, 165. Note 10. — des Römiſchen Rechts ſ. Infamia.
Rechtsfähigkeit I, 116 ff.
— der Gemeinheiten I, 204 ff.
Rechtsgeſchäfte I, 264 ff. — Arten I, 265 ff. — Form I, 271 ff. — Gegenſtand I, 269. — Interpretation I, 314. — Nebenbeſtimmungen I, 276 ff. — Ungültigkeit I, 307.
Rechtskraft der Urtheile I, 498. — Wirkungen I, 501 ff. — negative I, 502. 505 ff. — poſitive I, 502. 509 ff.
Rechtsmittel I, 500.
Rechtsvermuthungen I, 487 ff.
Reconventio I, 387.

Regent und deſſen Gemahlin haben die Privilegien des Fiscus I, 212.
Regula Catoniana V, 565.
Reichsabſchiede I, 29.
Reichsgeſetze I, 27 ff. — wegen Zinſen III, 114.
Rei interitus, mutatio II, 283. III, 252.
— vindicatio II, 41 ff.
Reiſende III, 687. 710.
Relicta poenae nomine V, 51 ff.
Relocatio III, 385 ff.
Reluition des Pfandes II, 371.
Remedium ex L. ult. C. d. edicto D. Hadriani tollendo V, 423.
— spolii III, 610.
Remiſſion bei der Oper. nov. nunciatio III, 618.
— des Pachtzinſes III, 379.
— beim Pfandrecht II, 414.
— bei Servituten II, 272.
Rentenkauf III, 104.
Renunciatio I, 319. III, 412. 431. 432. ſ. Entſagung.
Reparaturkoſten, nicht erſtattete II, 179.
Replicatio I, 381.
— doli III, 592.
— non praestitae cautionis II, 228.
— rei judicatae I, 503. 513. 520.
Repräſentant ſ. Stellvertreter.
Repräſentanten der Gemeinden I, 207.
Repräſentation des Erben V, 385 ff.
Reprobatio I, 485.
Repudiatio hereditatis V, 376.
— legati V, 647.
Repudium IV, 10. 89. 96.
Res accessoriae, principales I, 236.
— communes I, 219. 223 ff.
— corporales, incorporales I, 217. 233.
— derelictae II, 74.
— dividuae, individuae I, 232 ff.
— divini juris I, 219.
— dominicae I, 212.
— extra commercium I, 218.
— fungibiles, non fungibiles I, 230. 231.
— furtivae II, 128. III, 337.
— futurae II, 328. 336. III, 335.
— habilis bei der Miethe III, 376. — beim Pfande II, 329. — bei der Usucapio II, 98. 123 ff.
— judicata I, 498 ff.
— litigiosa I, 481 ff.
— merae facultatis I, 218.
— mobiles, immobiles I, 228 ff.
— promercales I, 243.
Res publicae I, 224 ff.
— sacrae, sanctae, religiosae I, 219 ff.
— se moventes I, 230.
— singulares, universales I, 225.
— universitatis I, 205.
Reſciſſion I, 310.
Rescripta principum I, 55. 64.
Rescriptum Divorum fratrum IV, 103.
Reservatio mentalis I, 328.
Reſervation I, 273.
Reſolutivbedingung bei dinglichen Rechten II, 8. 39.
Resoluto jure concedentis etc. II, 13 ff.
Respectus parentelae I, 176. IV, 18. 19. 21.
Respublica IV, 181.
Restitutio famae I, 160.
— in integrum, Begriff und Eintheilung I, 529. — Verfahren I, 532.
— civilis I, 547 ff.
— gratiae, justitiae I, 531.
— ordinaria, brevi manu I, 532.
— wegen Abweſenheit I, 562 567.
— wegen Capitis diminutio I, 561.
— wegen doloſer Veräußerung I, 531. III, 316.
— wegen Dolus I, 569.
— wegen falſchen Eides I, 327.
— wegen falſcher Urkunden, Zeugen und anderer Beweismittel I, 548.
— wegen Irrthums I, 559.
— wegen Minderjährigkeit V, 550.
— wegen Zwanges I, 559.
Reſtitution der Dos IV, 54 ff. 98.
Retentionsrecht I, 372. — bei der Miethe III, 381. — beim Pfand II, 375.
— des Mannes bei der Dos IV, 69. 72.
Retorſion der Injurien III, 576.
Reugeld III, 195. 196.
Reukauf III, 537.
Reus I, 389. — debendi, credendi III, 3.
Revocatio ſ. Renunciatio.
Rheder III, 435.
Rhetores IV, 181.
Rückbürge III, 511.
Rückforderungsrecht der Dos IV, 59.
Ruta caesa III, 350.

S.

Sache ſ. Res.
Sachverſtändige I, 493.

Säen II, 157.
Salarium III, 389. IV, 213.
Satisdatio I, 374. 375.
— Muciana V, 108. 111.
Scaevola Qu. Mucius V, 109.
Schaden III, 51. 81. — verſchuldeter III, 53. — zufälliger III, 78.
Schadenserſatz, Gründe deſſelben III, 51 ff. — Gegenſtand III, 81.
Schätzungseid III, 85.
Schaltjahr I, 581.
Schalttag I, 580 ff.
Schatz II, 167 f.
Scheidung der Ehe ſ. Eheſcheidung.
Schenkungen ſ. Donatio.
Schiedsrichter III, 468 ff. — kann in integr. reſtituiren I, 540.
Schiffer III, 687. 710.
Schifffahrt I, 226.
Schiffspatron III, 435.
Schisma I, 440.
Schreiber II, 161.
Schuldſchein III, 394. 662.
Schutzjuden I, 171.
Schwägerſchaft I, 193. IV, 20 ff. ſ. Affinitas.
Schwangerſchaft bei der Eheſcheidung IV, 102.
Schwiegereltern, — Kinder I, 194.
Scientia domini bei Servituten II, 269.
Sclav I, 116. 124. 125. — ſeine Ehe I, 196. — ſeine Erbfähigkeit V, 15. 374.
Seitenlinie I, 175.
Selbſthülfe I, 378 ff.
Semis V, 155.
Semuncia V, 155.
Senatusconsultum Claudianum V, 66.
— Libonianum V, 65 ff.
— Macedonianum III, 302. IV, 146.
— Neronianum V, 517.
— Orphitianum V, 324. 532.
— Pegasianum V, 652.
— Plancianum IV, 102.
— Silanianum V, 116. 497.
— Tertullianum V, 324. 532.
— Trebellianum V, 651.
— Vellejanum III, 527 ff.
Sententia I, 497 ff.
Separatio perpetua, temporalis IV, 95.
— quoad thorum et mensam IV, 94. 97. 103. 104.
Septunx V, 155.
Sequestratio III, 317.
Servitus actus II, 249.
— affirmativa, negativa II, 202. 204.
— altius tollendi, non tollendi II, 213. 247.
— aquae ductus II, 252.
— — educendae II, 253.
— — haustus II, 253.
— arenae fodiendae II, 254.
— calcis coquendae etc. II, 254.
— cloacae II, 243.
— continua, discontinua II, 204.
— cuniculi balnearii II, 243.
— fenestrarum II, 245.
— fluminis recipiendi II, 242.
— — non recipiendi II, 246.
— fumi II, 243.
— habitationis II, 236.
— in faciendo II, 202.
— itineris II, 248.
— jure, tuitione Praetoris constituta II, 205.
— latrinae II, 243.
— luminum II, 244.
— navigandi II, 248.
— ne luminibus officiatur II, 244.
— ne prospectui officiatur II, 245.
— oneris ferendi II, 241.
— operarum II, 215.
— pecoris pascendi II, 253.
— — ad aquam appulsus II, 253.
— personarum, rerum II, 205.
— praedii rustici II, 248.
— — urbani II, 241.
— projiciendi II, 242.
— prospectus II, 245.
— protegendi II, 242.
— regularis, irregularis II, 215.
— stillicidii II, 242.
— — non avertendi II, 247.
— — recipiendi II, 242. — non recipiendi II, 246.
— tigni immitendi II, 241.
— usus II, 232.
— ususfructus II, 217.
— viae II, 249.
Servituten, deren Begriff II, 200 f. — Erwerb II, 255 f. — Verluſt II, 272.
Servus poenae V, 40.
Sextans V, 155.
Simplaria venditio III, 93. 355. N. 1.
Societas III, 399 ff. — Arten III, 401. — omnium bonorum I, 627. III, 401. 414.
Solarium II, 311.
Soldaten I, 168.

Soldaten, ihre Teſtamente V, 282 ff.
Solutio III, 220 ff.
Spadones I, 139. IV, 120.
Specialvollmacht III, 418.
Specification II, 78 ff.
Spielverträge III, 464.
Spolium III, 610.
Sponsalia IV, 5. 20. — clandestina, publica IV, 6. — de praesenti, de futuro IV, 6.
Sponsalitia largitas IV, 13.
Städte I, 210. — Verſprechungen, die ihnen gemacht werden III, 690.
Stand I, 168 ff.
— der ehelichen und unehelichen Kinder I, 148.
— deſſen Ungleichheit als Ehehinderniß IV, 24.
Stationes fiscales I, 212.
Status I, 123. 124 ff.
Statuta personalia, realia, mixta I, 115.
Stellvertreter überhaupt I, 339 ff. — beim Beſitz I, 623. 637. — beim Darlehn III, 286. — bei Eiden I, 324. N. 5. — bei der Usucapio I, 625. II, 110. 112. ſ. Mandat, Repräſentant.
Stiefeltern I, 194.
Stiefgeſchwiſter I, 182.
Stiefkinder I, 194.
Stiftungen, fromme I, 213. 215. V, 41.
Stillſchweigen, inwiefern es als Einwilligung gilt I, 275.
Stillſtand bei der Verjährung I, 438. 439.
Stipulatio III, 204.
— Aquiliana III, 230.
— duplae III, 93.
Strafen der Eheſcheidung IV, 91 ff.
Stumme I, 140. V, 37.
Stundungsvertrag III, 278 ff.
Subhaſtation III, 367.
Subjecte der Rechtsgeſchäfte I, 267.
Sublocatio III, 394.
Sublucatio arborum II, 27.
Subpignoratio II, 360. 424.
Subscriptio V, 136. 149.
Subscriptor V, 147.
Substitutio breviloqua V, 171.
— compendiosa V, 171.
— conditionalis V, 168 ff.
— exemplaris V, 191.
— Justinianea V, 191.
— militaris V, 289.
— mutua V, 171.
— pupillaris V, 174 ff. 331.
Substitutio pura V, 168.
— quasi-pupillaris V, 191.
— reciproca V, 171.
Subſtitution beim Mandat III, 424.
Subſtrat der juriſtiſchen Perſonen I, 201.
Successio, Begriff I, 332.
— graduum et ordinum V, 311. 323. 324. 362 ff.
— in capita V, 314.
— in lineas V, 314. 317.
— in stirpes V, 314.
— universalis, singularis I, 332. V, 7.
Succeſſion in Obligationen III, 17.
— im Pfandrechte II, 358.
Sumtus auf die Früchte verwandt II, 65.
— studiorum V, 477.
Superficies II, 308 ff.
Superscriptio V, 139.
Supervenientia liberorum III, 454.
Suspenſion der Obligationen III, 278.
— des Tutor V, 203.
Sylva caedua II, 221. Note 2.
Syndicatsklage III, 635.
Syndicus I, 207. — perpetuus, temporarius I, 208.
Syſtem, Nullitäts- V, 233. 274. — Inofficioſitäts- V, 233. 274. — gemiſchtes V, 233. 274.

T.

Tabulae primae, secundae V, 176.
— pupillares V, 116.
Tabularius I, 446. III, 648. V, 281.
Tag I, 576 ff.
Taube I, 140. V, 37.
Taubſtumme V, 37.
Taufe IV, 20.
Tauſch III, 325. 356.
Tempus continuum, utile I, 582.
— hostilitatis I, 440.
Testamentarius V, 63.
Teſtamente, Eröffnung V, 115 ff. — Form V, 131 ff. 137. — Geſchäfte V, 131 ff. — Ungültigkeit V, 236 ff.
— der Analphabeten V, 147.
— der Blinden V, 281.
Testamentum ad pias causas V, 302.
— correspectivum V, 51. 309.
— destitutum V, 182. 237. 246.
— holographum V, 148.
— imperfectum V, 280.
— implicitum V, 151.

Testamentum in comitiis factum V, 131.
— injustum V, 237.
— inofficiosum V, 248.
— in procinctu V, 132. 282.
— in scriptis confectum V, 147.
— in scripturam redactum V, 151.
— irritum V, 237. 247.
— judiciale V, 136.
— militare V, 282 ff.
— mysticum V, 151 f.
— nullum V, 236. 237 ff.
— nuncupativum V, 150.
— parentum inter liberos V, 297.
— paternum V, 175.
— per aes et libram V, 132. 134.
— pestis tempore V, 296.
— posterius imperfectum V, 239.
— principi oblatum V, 137. 139.
— privatum V, 141 ff. 147.
— pupillare IV, 128. V, 175 ff. 247. 257. 290.
— quasi-pupillare V, 160. 191 ff.
— reciprocum V, 303.
— ruptum V, 236. 242.
— ruri conditum V, 301.
Testator V, 25. 26.
Theil, inwiefern er zu vindiciren II, 43.
— inwiefern er zu uſucapiren II, 107 ff.
Theilung der Eltern unter Kindern V, 296.
— der Erbſchaften V, 7. 449 ff.
— gemeinſchaftlichen Eigenthums III, 670. 674.
Thesaurus II, 167.
Thiere, Arten I, 230.
— Beſchädigung durch ſie III, 637. 714.
— ihr Verluſt I, 632. II, 190.
Thierfang II, 75.
Thlasiae I, 140.
Thlibiae I, 140.
Titulus als Erwerbsgrund der dinglichen Rechte II, 6 ff.
— bei der Usucapio II, 7. 114. 117 ff. 143. 270.
— putativus II, 113.
Tod I, 119. 120. 419. III, 274. 410. 429. IV, 90.
Tractaten III, 201.
Traditio I, 614. II, 169 ff.
— brevi manu I, 615. III, 254. 255.
— in personam incertam collata II, 169.
— bei Servituten II, 213. 260.
Tramrecht II, 241.
Transactio III, 485 ff. ſ. Vergleich.
Translation der Legate V, 597.
Transmissio hereditatis V, 396.
— — ex capite infantiae V, 405.
— — — — restitutionis in integrum V, 401.
— — — — suitatis V, 397.
— — Justinianea V, 402.
— — Theodosiana V, 399.
Trauerjahr IV, 26. 104. — Nachtheile der Uebertretung IV, 108 ff.
Traufrecht II, 242.
Trauung IV, 37.
Trennung der Ehe ſ. Eheſcheidung.
Triens V, 155.
Triplik I, 472.
Trödelcontract III, 328.
Turpitudo I, 152.
Tutela, Begriff IV, 164. — Entſtehung IV, 167 f. — Ende IV, 201 ff.
— affectata IV, 182.
— dativa IV, 175.
— fiduciaria IV, 174.
— legitima IV, 173.
— muliebris IV, 164.
— pupillaris IV, 164. 167 ff.
— testamentaria IV, 170. V, 21. 64. 125.
Tutor ſ. Tutela.
— falsus IV, 225.
— honorarius IV, 201. 202.
— notitiae causa datus IV, 201.
— suspectus IV, 202.
Tutoren, deren Abſetzung IV, 212.
— deren Pflichten IV, 184.

U.

Uebergabe ſ. Traditio.
Uebergang der Klagen auf und gegen die Erben I, 419. 477.
Ueberlegungsfriſt V, 383.
Ufer des Meeres und der Flüſſe I, 223. 226.
Undank III, 454.
Ungültigkeit der Rechtsgeſchäfte I, 307. 311. — insbeſondere der Teſtamente V, 236. — der Legate V, 645 ff.
Univerſal-Fideicommiß V, 649 ff.
Universitas I, 201 ff. — ordinata, inordinata I, 207.
— facti I, 235. 611. II, 42. 43. 323. 419. III, 95.
— juris I, 235.
Unmöglichkeit der Erfüllung der Obligationen III, 251.

Unmündige I, 133. 135. vgl. Impuberes.
Unterbrechung, der Erſitzung II, 140.
— der Verjährung I, 438. 440.
Untheilbarkeit der Sachen und Rechte I, 233. II, 206.
Unwiſſenheit ſ. Irrthum; Error.
Unwürdigkeit des Erben V, 496 ff. — des Legatars V, 648.
Urkunden I, 494. — bei der Erbtheilung V, 453.
Urtheil ſ. Erkenntniß.
Usucapio libertatis I, 641. II, 274 ff.
— pro herede II, 118. 120 ff.
Uſucapion ſ. Erſitzung.
Usurae III, 100 ff. ſ. Zinſen.
— centesimae III, 102. 114.
— conventionales III, 105.
— ex mora III, 107 ff.
— legales III, 107. 108.
— punitoriae III, 107.
— usurarum III, 120.
Usurpatio II, 140.
Usus II, 232.
— fori I, 84.
Ususfructus, eigentlicher II, 217 ff.
— uneigentlicher II, 229.
— formalis, casualis II, 21.
— in dotem datus IV, 75.
— legalis II, 257.
— legatus V, 110.
— nominis II, 231.
Uterini ſ. Geſchwiſter.

V.

Variae causarum figurae III, 213. 653 ff.
Vater ſ. Gewalt, väterliche.
Vaterſchaft I, 145.
Vectigal II, 291. 296.
Venia aetatis I, 138. III, 172. IV, 217. 220.
Veräußerung, Begriff II, 30 ff.
— der Dotalſachen IV, 52.
— einer Erbſchaft V, 429.
— des Fideicommiſſes V, 665.
— des Peculii adventitii IV, 140.
— der Pupillengüter II, 33. 124. IV, 189.
— der Res litigiosa I, 481 ff. II, 125.
— deren Verbote II, 32 ff. 121. II, 268.
— durch den Fiscus II, 145.
— ſ. Alienatio.
Verarmung IV, 51. 66.
Verbal-Contracte III, 201. 205.
— Injurien III, 574.
Verbindlichkeiten, deren Begründung und Aufhebung I, 331 ff.
Verbrechen, Grund zur Scheidung IV, 96.
Verführung des Sclaven und Sohnes III, 636.
Vergehen, als Grund der Obligationen III, 647 ff.
Vergleich III, 485. — Arten III, 486. — Aufhebung III, 494. — Wirkungen III, 491.
— als Grund der Infamie I, 157.
Verjährung, als Entſtehungs- und Aufhebungsgrund von Rechten I, 333 f. III, 273.
— der Klagen I, 422 ff. — Erforderniſſe I, 426. — beſonders bona fides I, 452. — deren Geſchichte I, 423. II, 86. 88 ff.
— bei der Emphyteusis II, 304.
— beim Pfandrecht I, 431.
— im Proceß I, 446.
— bei den Servituten II, 273 ff.
— unvordenkliche I, 335 ff.
— ſ. auch Praescriptio, Usucapio.
Verläumdung III, 573.
Verlaſſenſchaft V, 8.
Verlaſſung, bösliche IV, 96.
Verletzung über die Hälfte III, 364.
— bei Vergleichen III, 4.
— im Pflichttheil ſ. Pflichttheil.
— durch Schenkungen III, 455.
Verlöbniß ſ. Sponſalien.
Vermächtniß ſ. Legatum.
Vermengung II, 165. III, 223.
Vermiether, Verpächter, deren Pfandrechte II, 353. ſ. Miethe, Pacht.
Vermögensverwaltung des Tutor IV, 215 f.
Vermuthungen I, 487 f. 496.
— des Todes I, 119. V, 415.
— bei der Zahlung III, 225.
Verſchiedenheit der Religion IV, 24.
Verſchollene I, 119. V, 415.
Verſchwägerung ſ. Affinitas.
Verſchwender I, 143.
Verſehen ſ. Culpa.
Versio in rem III, 683. IV, 149.
— vulgata I, 22.
Verſöhnung IV, 97.
Verſprechen, einſeitiges III, 690.
Verträge, Begriff und Arten III, 161. — Form III, 200 ff.
— ausdrückliche, ſtillſchweigende III, 160.
— einſeitige, zweiſeitige III, 163.

Verträge, klagbare, nicht klagbare III, 203 ff.
— obligatoriſche, liberatoriſche III, 162.
— remiſſoriſche III, 227.
— über Sachen und Handlungen Dritter I, 229. III, 185 f. 192 ff. — zum Vortheile Dritter I, 270. III, 188.
— unerlaubte III, 184.
— ſ. auch Contractus und Factum.
Verwahrungsvertrag III, 311.
Verwandte ſ. Cognatio.
Verwandtſchaft, Begriff I, 174. — Arten I, 177. — insbeſondere Wirkungen I, 181. — geiſtliche I, 174. 193. IV, 19. — mehrfache I, 187.
Verweigerung der ehelichen Pflicht IV, 96.
Verwendungen ſ. Impensae.
Verwirkung der Forderung III, 272.
Verzicht ſ. Entſagung.
Verzug III, 137.
Verzugszinſen III, 107.
Via II, 249.
— publica I, 226.
Vicesima hereditatum V, 115.
Vigiles IV, 180.
Vindication II, 41 ff.
Virginität IV, 36.
Vis ſ. Metus.
Vis fluminis II, 147.
Vitalität I, 118.
Vitium und Morbus III, 356.
— possessionis II, 129.
— rei bei der Usucapio II, 128.
Vocatio in jus I, 385.
Vollziehung des letzten Willens V, 114 ff.
Vorfahren I, 175.
Vorkaufsrecht II, 297. — der Verwandten I, 185.
Vormundſchaft ſ. Tutel.
Vorrecht ſ. Privilegium.
Vorſteher der juriſtiſchen Perſonen I, 207 ff.
Votum III, 690.

W.

Waare III, 336.
Wahlrecht bei Legaten V, 591. — bei Obligationen III, 444 ff.
Wahnſinnige ſ. Furiosi.
Waiſenhäuſer I, 213.
Wandelpön III, 196.
Wandelungsklage III, 391.
Waſſergerechtigkeiten II, 252.
Wegegerechtigkeiten II, 248.
Weiber I, 131 ff. — deren Bürgſchaft III, 527.
Weidegerechtigkeiten II, 253.
Wette III, 466.
Widerklage I, 381.
Widerruf bei Injurien III, 579.
— des Mandats III, 431.
— der Privilegien I, 355.
— der Schenkungen III, 453.
Widerſprüche in den Quellen I, 10. 24. 27.
Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſ. Restitutio in integrum.
Wiederkauf III, 559.
Wiederverheirathung IV, 184.
Willenserklärung I, 271 ff.
Wirthe III, 687. 710.
Wirthſchafts-Inventarium III, 350.
Witwe, ihr Erbrecht V, 368.
— die das Trauerjahr verletzt IV, 108. V, 32. 43.
Wohlthat ſ. Beneficium.
Wohnort I, 199.

Z.

Zahlung II, 220 ff.
Zauberer V, 221.
Zeit ſ. Dies.
— der Erfüllung einer Obligation III, 135. — eines Urtheils I, 509.
— der Geburt I, 147.
— geſchloſſene IV, 27.
— der Rückgabe der Dos IV, 27.
Zeitfriſt bei der Verjährung I, 426. 430 ff.
— bei der Usucapio III, 140. 144.
— insbeſondere der Servituten II, 266.
Zeitrechnung I, 576. — civile, naturale I, 586.
Zeugen I, 493. — bei der Immemorial-Präſcription I, 338. — bei Teſtamenten V, 25. 141.
Zinſen, Begriff und Natur III, 100 ff. — deren Höhe III, 114 ff. — im Proceß I, 478. — wie weit das Pfand dafür haftet II, 321. — ſ. Usurae.
Zinsfuß III, 101.
Zinsverbote III, 114 ff.
Zinsvertrag III, 105. 289.
Zinswucher III, 122.
Zoll-Defraudation II, 179.
Zubehör ſ. Pertinenz.

Zufall ſ. Casus.
Zurechnung I, 247. III, 52. 54.
Zuſtände, perſönliche I, 122 ff. — juriſtiſche I, 44. — natürliche I, 133.
Zwang ſ. Metus.
— zur Eingehung der Ehe IV, 9.
Zweck der Klagen I, 414.
Zweckbeſtimmung ſ. Modus.
Zwitter I, 130.

Digitized by Google

Zufall ſ. Casus.
Zurechnung I, 247. III, 52. 54.
Zuſtände, perſönliche I, 122 ff. — juriſtiſche I, 44. — natürliche I, 133.
Zwang ſ. Metus.
— zur Eingehung der Ehe IV, 9.
Zweck der Klagen I, 414.
Zweckbeſtimmung ſ. Modus.
Zwitter I, 130.

Digitized by Google

Digitized by Google

Zufall ſ. Casus.
Zurechnung I, 247. III, 52. 54.
Zuſtände, perſönliche I, 122 ff. — juriſtiſche I, 44. — natürliche I, 133.
Zwang ſ. Metus.
— zur Eingehung der Ehe IV, 9.
Zweck der Klagen I, 414.
Zweckbeſtimmung ſ. Modus.
Zwitter I, 130.

Digitized by Google